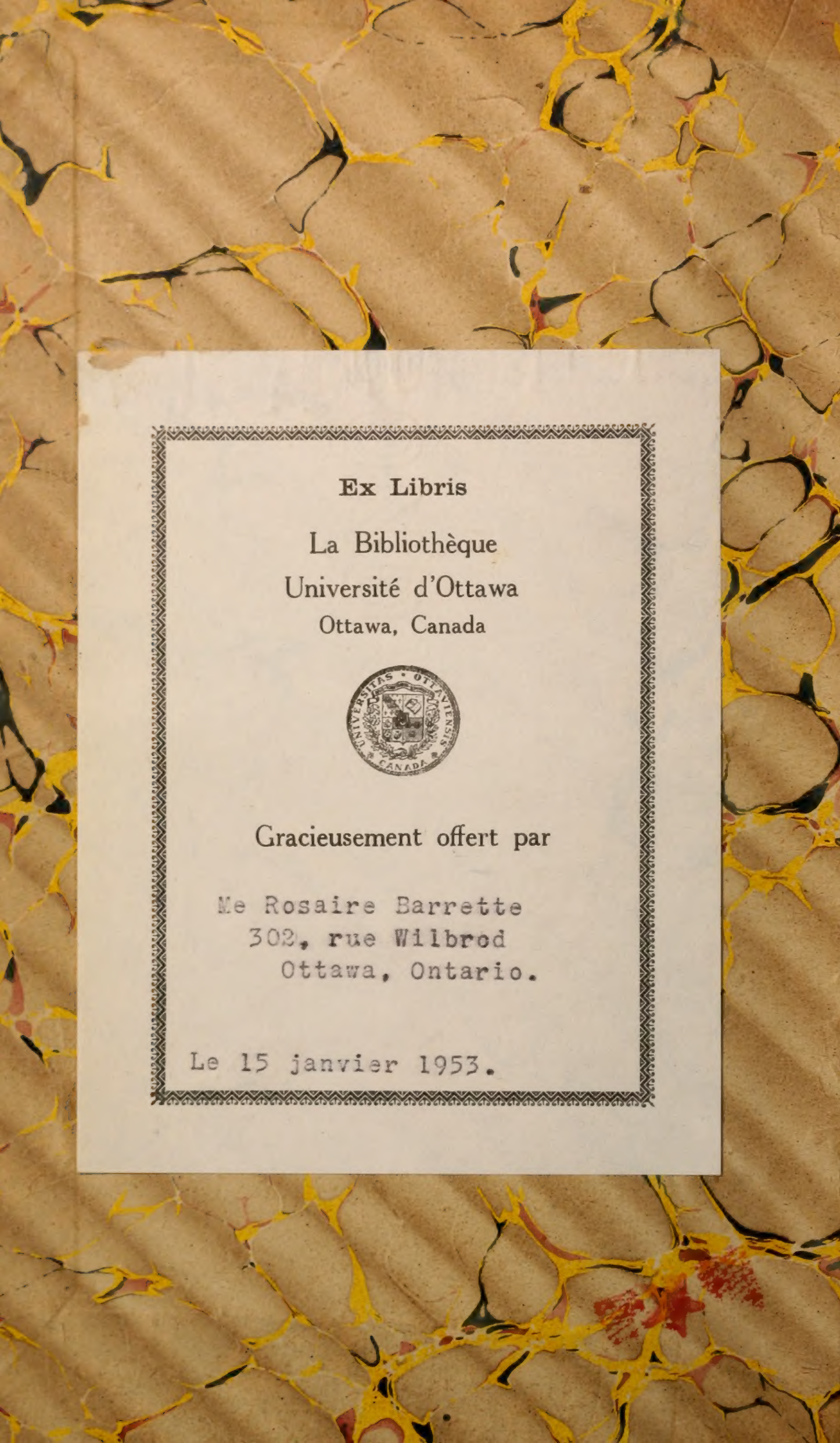
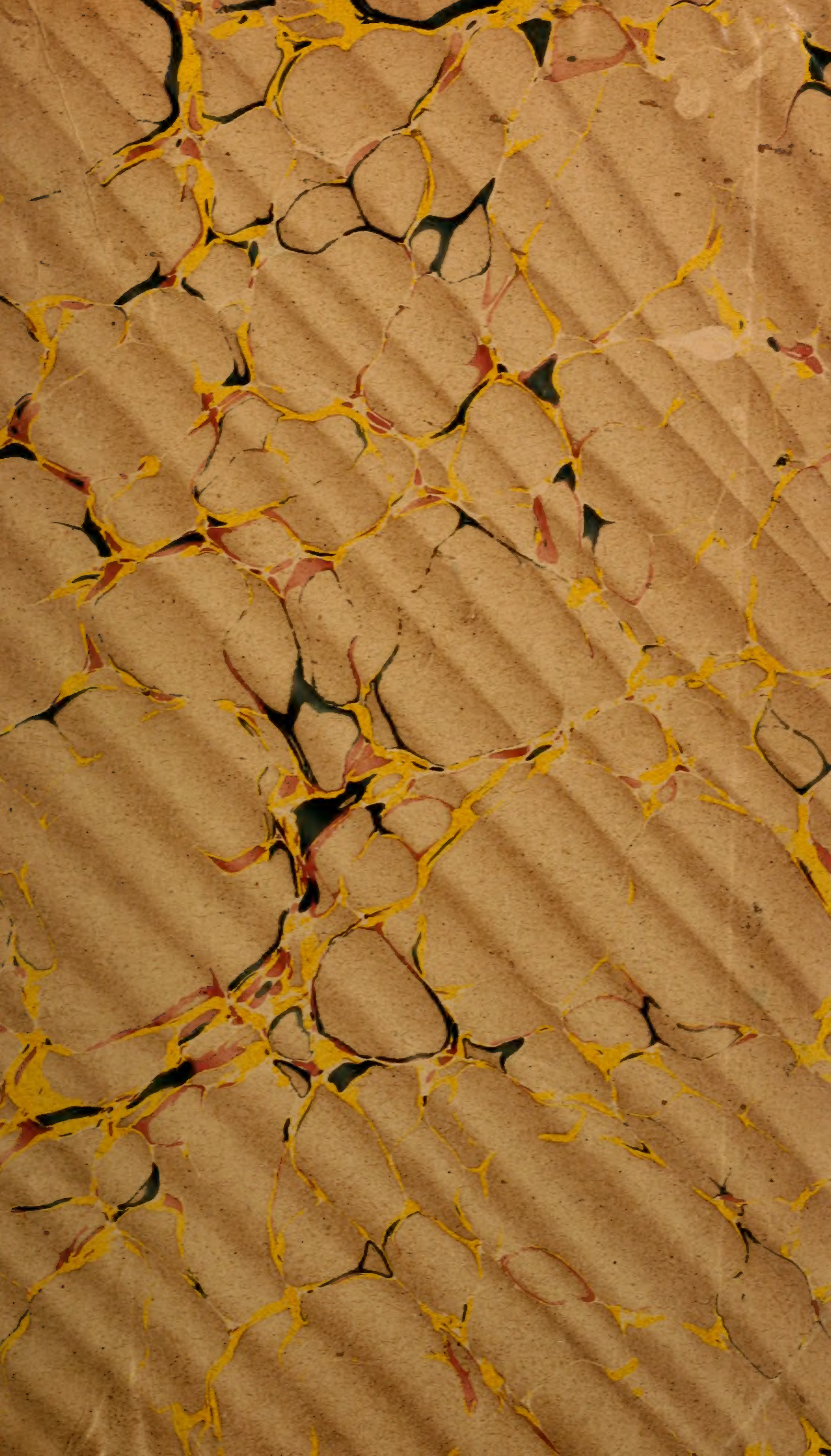






COURS

DE

CODE NAPOLÉON.

XIII

IMPRIMERIE GENÉRALE DE CH. LAHURE
Rue de Fleurus, 9, à Paris

TRAITÉ

DES SUCCESSIONS

PAR

C. DEMOLOMBE

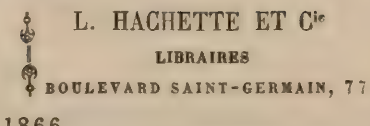
DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT
ANCIEN BÂTONNIER DE L'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR IMPÉRIALE DE CAEN
OFFICIER DE LA LÉGION D'HONNEUR.

TROISIÈME ÉDITION

TOME PREMIER

PARIS

AUGUSTE DURAND
LIBRAIRE
RUE DES GRÈS, 7



L. HACHETTE ET Cie
LIBRAIRES
BOULEVARD SAINT-GERMAIN, 77

1866

OBSERVATIONS

CONCERNANT

LES CITATIONS DES ARRÊTS ET DES AUTEURS, ET LES TABLES.

I. Cet ouvrage renvoie, pour l'indication des arrêts, soit au recueil de MM. Devilleneuve et Carette, soit à celui de MM. Dalloz, soit au *Journal du Palais*. Mais, afin de rendre les recherches aussi promptes et aussi sûres que possible pour tous ceux qui ne possèdent que l'un de ces trois recueils de jurisprudence, les arrêts sont, en outre, indiqués par leurs dates et par les noms des parties, ce dernier mode de citation étant de tous le plus commode et le plus certain.

Le recueil de MM. Devilleneuve et Carette est ainsi indiqué : Dev. — Celui de MM. Dalloz : D. — Le *Journal du Palais : J. du P.*

II. Les différents auteurs sont cités par l'indication du volume et du numéro, soit de l'ouvrage lui-même, soit de la page, lorsqu'il n'y a point de numéros.

Les citations de Delvincourt se rapportent à l'édition de 1819 ; de Toullier, à l'édition de 1830, et aux notes de M. Duvergier sur l'édition de 1846 ; de M. Duranton, à l'édition de 1844.

III. Deux tables se trouvent à la fin de chaque volume :

La première est une table des matières dans l'ordre où elles sont traitées ;

La seconde, une table numérique des articles du Code Napoléon, qui, par ses renvois aux pages et aux numéros du volume où chacun des articles est expliqué, facilite les recherches et fait, en quelque sorte, l'office d'un commentaire.

IV. Chacun des traités dont se compose le *Cours de Code Napoléon* est, en outre, suivi d'une table analytique et alphabétique.

COURS

DE

CODE NAPOLÉON.

LIVRE TROISIÈME.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

EXPOSITION.

SOMMAIRE.

1. — Objet du troisième livre du Code Napoléon. — Transition.
2. — Ce livre troisième est intitulé : *Des différentes manieres dont on acquiert la propriété.* Observations critiques sur cette rubrique.
3. — Suite. — Distinction fondamentale entre les manières d'acquérir, *modus adquirendi*, et les simples titres pour acquérir, *titulus ad adquirendum.*
4. — Suite. — Acceptions diverses des mots : *acquérir*, *aliéner*, *acheter*, *vendre*, *donner*, *disposer.*
5. — Les manières d'acquérir peuvent être divisées et classées en plusieurs catégories : A. De la distinction des modes d'acquérir en modes, du droit naturel ou des gens et en modes du droit civil.
6. — B. Les manières d'acquérir sont soit originaires ou primaires, soit dérivées ou secondaires.
7. — C. Les manières d'acquérir sont à titre onéreux ou à titre gratuit.
8. — D. Les manières d'acquérir sont à titre universel ou à titre particulier.
9. — Suite. — Il y a deux sortes de successeurs universels : les uns, qui succèdent tout à la fois aux biens et à la personne ; les autres, qui succèdent aux biens seulement.

1. — Nous nous sommes occupé jusqu'à présent, d'une manière distincte et séparée, *des personnes*, dans le livre premier, et *des biens*, dans le livre second.

Nous allons maintenant mettre les personnes en rapport avec les biens, et rechercher comment les différents droits dont les biens sont susceptibles, peuvent s'établir et se déplacer.

Tel est l'objet du livre troisième et dernier du Code Napoléon, qui traite *des différentes manières dont on acquiert la propriété*.

2. — A s'en tenir aux termes de cette *rubrique*, il ne serait question, dans ce troisième livre, que des manières d'acquérir *la propriété*, c'est-à-dire le *plenum dominium*, tel qu'il est défini par l'article 544.

S'il en était ainsi, les règles contenues dans le livre troisième, seraient étrangères à la manière d'acquérir :

Soit les droits réels démembrés du droit total de propriété, l'usufruit, l'usage, l'habitation, les servitudes; car, dans la langue scientifique, pas plus que dans l'usage, on n'appelle point du nom de *propriété* ces différentes espèces de droits;

Soit surtout les droits personnels, qui ne constituent que de simples obligations ; car on peut encore bien moins appliquer à un créancier la qualification de propriétaire.

Or, il suffit d'ouvrir notre troisième livre pour reconnaître que les règles qu'il renferme, sont, au contraire, générales, et qu'elles s'appliquent non-seulement à l'ac-

quisition des droits réels (qui, à la rigueur, ont pu être compris dans cette dénomination générique de la propriété, puisqu'ils en sont des parties intégrantes), mais encore à l'acquisition du droit personnel de créance. Le véritable objet de ce livre est même très-vaste ! c'est de déterminer et de gouverner toutes les relations civiles qui peuvent s'engager entre les personnes, à l'occasion des biens.

Mais d'où vient alors cette formule restrictive de notre rubrique?

On peut en donner deux explications :

On peut dire d'abord que le législateur aura considéré que les créances elles-mêmes étant des biens qui nous sont propres, c'est, dans un certain sens, acquérir que de devenir créancier, comme de devenir propriétaire.

C'est ainsi que Demante a écrit « que, à un certain point de vue l'acquisition de la propriété embrasse l'acquisition de tous les droits produisant un avantage pécuniaire; car tous ces droits, réels ou personnels, constituent un bien ; et ce bien, effectivement, est *propre* à la personne à laquelle il compète. » (T. III, n° 1 *bis.*) Tel est aussi le sentiment de Zachariæ et de MM. Aubry et Rau, qui, après avoir défini la propriété : le droit en vertu duquel un objet est soumis, d'une manière absolue, au bon plaisir d'une personne, ajoutent que l'article 711 emploie le mot *propriété* dans ce sens général, que l'on retrouve encore dans l'article 136 du Code de commerce (t. I, p. 391).

Mais il est permis de douter que les auteurs du Code aient employé ici le mot *propriété* dans cette acception étendue et inusitée; tout semble annoncer que cette expression, qui comprenait, il est vrai, dans leur pensée, la propriété et les différents droits réels qui en dérivent, ne s'appliquait pas, au contraire, aux simples droits personnels (comp. art. 711 à 717).

Ce qui paraîtrait plus probable, c'est qu'ils ont ainsi rédigé la rubrique de leur troisième livre sous l'influence

du nouveau principe qu'ils y avaient consacré, à savoir : que la *propriété* des biens est transmise *par l'effet des obligations* (art. 711, 1138); de telle sorte que, dans le moment où ils formulaient le titre de ce livre, l'acquisition du droit personnel ne leur serait point apparue comme distincte de l'acquisition du droit réel.

Sans doute, c'était là une préoccupation excessive; car s'il arrive souvent, d'après le nouveau principe, que la propriété est acquise de la même manière et en même temps que le droit personnel, il est aussi un grand nombre de cas dans lesquels l'acquisition du droit personnel n'engendre et ne peut engendrer aucune acquisition du droit réel, comme lorsqu'il s'agit d'un objet déterminé, mais dont le promettant n'est pas encore propriétaire, et, dans tous les cas, lorsqu'il s'agit d'un droit personnel, qui ne consiste pas dans l'obligation de transférer la propriété, comme celui que produisent le louage, le dépôt, le commodat (*voy.* tit. VIII, X et XI). Il est d'ailleurs manifeste aussi que toutes les manières par lesquelles on acquiert le *droit réel*, ne peuvent pas également faire acquérir le *droit personnel;* et Demante lui-même remarque fort justement qu'une créance, par exemple, ne pourrait pas s'acquérir par prescription (*loc. supra cit.*).

Il faut donc reconnaître que cette rubrique est incomplète et qu'elle n'exprime pas exactement toutes les matières dont il est question dans le livre troisième.

Cette inexactitude, au reste, est sans importance; il suffit que notre troisième livre soit complet; et nous avons déjà dit qu'il traite effectivement des manières d'acquérir, soit la propriété ou ses divers démembrements, soit les droits personnels; et même, à l'occasion des obligations, les rédacteurs de notre Code ont posé, dans ce livre troisième, les règles de plusieurs matières, qui ne se rattachent que d'une façon très-accessoire, aux obligations considérées comme source des droits réels ou personnels, telles que les dispositions qui traitent de la contrainte

par corps, de l'expropriation forcée, des priviléges et hypothèques.

3. — On ne saurait nier toutefois que ce livre troisième de notre Code ne présente, sous ce rapport, une confusion regrettable entre les causes translatives du droit réel, *dominium, jus in re*, et les causes qui n'engendrent, au contraire, que le droit personnel, *obligatio, jus ad rem.*

Les Romains avaient eu grand soin de ne pas commettre cette confusion ; et ce n'est qu'après avoir exposé séparément les différentes manières d'acquérir, que l'empereur Justinien est arrivé aux obligations : *nunc transeamus ad obligationes* (*Inst.* lib., II, tit. XIII, *princ.*; comp. ff. *de adq. rer. dom.*, et *de verb. obligat.*).

Le tribunal d'appel de Paris, dans ses observations sur le projet, avait remarqué précisément « qu'on aurait mieux fait de distinguer, à l'égard des choses, comme font tous les jurisconsultes, le droit à la chose et le droit dans la chose.... » (Fenet, t. V, p. 212.)

Mais ces observations ne furent pas écoutées.

C'est un motif de plus pour rétablir ici, nettement et dès le début, cette distinction fondamentale.

Nous dirons donc tout d'abord qu'il importe de ne pas confondre les manières d'acquérir proprement dites (*modus adquirendi*), avec les titres en vertu desquels les acquisitions peuvent se réaliser (*titulus ad adquirendum*).

On appelle manière d'acquérir, ou mode d'acquisition, l'acte ou le fait, qui est par lui-même attributif de la propriété. Tels sont, par exemple, l'occupation, la succession, le legs d'un corps certain; telles sont aussi, d'après le Code Napoléon, les obligations par l'effet desquelles la propriété se transmet immédiatement (art. 711, 1138); nous verrons plus tard la modification que la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, a apportée à ce principe. (Comp. cass., 22 juin 1864, Lepère, Dev., 1864, I, 349.)

Le titre, c'est la cause de l'acquisition ; c'est la raison

juridique, en vertu de laquelle l'acquisition peut légitimement s'accomplir; on pourrait dire que l'acquisition ou le mode d'acquérir, c'est l'effet, et que le titre, c'est la cause, *radix et fundamentum juris* (*voy.* notre tome IX, n° 597, et notre tome VII, n° 720).

Ces deux éléments doivent nécessairement se rencontrer dans toute acquisition quelconque; car il est évident qu'il ne peut pas y avoir d'acquisition sans un titre, c'est-à-dire sans une cause.

Mais il n'en faut pas conclure que le titre et le mode d'acquérir doivent avoir une origine différente ou une existence distincte, et ne puissent pas naître en même temps et simultanément. Tout au contraire! il est un très-grand nombre de cas dans lesquels ces deux éléments se confondent, et où l'effet, c'est-à-dire l'acquisition, est instantanément produit par sa cause, c'est-à-dire par le titre d'où cette acquisition dérive; tels sont la succession, le legs, ou plus généralement l'obligation qui consiste à livrer un corps certain (art. 711, 1014, 1138). Ces faits ou événements juridiques, dans lesquels la propriété sort immédiatement de la cause qui la transfère, reçoivent plus spécialement, dans le langage technique, la dénomination de *manière d'acquérir*, *modus acquirendi.*

D'autres fois, le titre et le mode d'acquisition sont distincts et s'accomplissent successivement par des actes séparés : telles sont toutes les obligations qui consistent à transférer des quantités ou des corps indéterminés; l'obligation alors, ou plutôt la créance, n'est qu'un titre pour acquérir; elle n'est qu'une cause future d'acquisition; et l'acquisition elle-même, c'est-à-dire la translation de propriété, ne s'opère que par la tradition, qui spécialise les quantités, et qui seule devient ainsi la véritable manière d'acquérir la propriété (*infra,* n° 16).

4. — Sous ce point de vue, le mot *acquérir* a un sens précis et technique; acquérir, c'est devenir maître, *do-*

minus; aussi, faut-il bien se garder de confondre, comme on le fait vulgairement dans la langue usuelle, ces deux termes *acquérir* et *acheter*; *acquérir* n'est pas plus le synonyme d'*acheter* que *aliéner* n'est le synonyme de *vendre*; l'un est le genre, l'autre seulement l'espèce. L'héritier acquiert, le légataire acquiert; le chasseur qui tue du gibier à la chasse, acquiert; aucun d'eux n'achète. Et même *acheter* peut n'être pas *acquérir*; c'est ainsi qu'à Rome, où la vente n'était pas translative de propriété, l'*acheteur* n'était pas *acquéreur* par le seul effet du contrat, et ne devenait tel que par la tradition de la chose vendue; chez nous encore, il est clair que l'acheteur de choses indéterminées ne peut pas les acquérir par l'effet immédiat de la vente, mais seulement par la délivrance (*supra*, n° 3).

Le véritable corrélatif d'*acquérir*, c'est *aliéner*, c'est-à-dire *rem suam alienam facere*; cette corrélation toutefois n'est pas absolue; et ces deux termes ne se correspondent pas toujours : d'une part, en effet, l'acquisition ne suppose pas nécessairement l'aliénation; c'est ainsi que, par les modes d'acquisition originaire, comme l'occupation, nous acquérons les choses qui n'appartiennent à personne; et d'autre part, il se peut aussi (quoique plus rarement) que l'aliénation ne produise pas l'acquisition; c'est ce qui arrive dans le cas où le propriétaire d'une chose l'abandonne sans la transmettre à un autre, *pro derelicto* (*infra*, n° 59).

Le mot *acquérir*, est d'ailleurs générique; et il comprend toutes les causes d'acquisition, à titre gratuit ou à titre onéreux (comp. art. 217).

Le mot *aliéner*, qui y correspond, semble devoir être lui-même aussi étendu; et on peut dire, en effet, qu'il comprend, dans sa généralité, tout acte ou événement quelconque, par lequel la propriété d'un bien est transmise de l'un à l'autre. Tel est aussi, en principe, l'acception du terme *disposer* (*voy.* art. 537 et 544). Toute-

fois, il faut reconnaître que le mot *aliéner* s'applique plus spécialement aux transmissions à titre onéreux, et que les mots *disposer* ou *donner* sont, au contraire, plus particulièrement employés pour désigner les transmissions à titre gratuit (comp. art. 217, 893, 896, 900, 909, etc.).

Le mot *donner* avait, en droit romain, une signification technique; il exprimait surtout la translation de la propriété : *dare, id est rem accipientis facere* (ff. L. I, *de reb. cred.*). Mais cette acception est beaucoup moins usitée dans notre terminologie moderne (comp. pourtant art. 1136).

5. — Les manières d'acquérir la propriété, ou plus exactement peut-être les titres en vertu desquels on peut l'acquérir, ont été, de tout temps, divisés et distribués en plusieurs classifications.

Ces classifications sont, en général, déduites de l'origine et du caractère différents des unes et des autres; et il convient d'autant plus de les exposer, qu'il en est quelques-unes d'une importance essentielle.

A. — Et d'abord, on commence généralement par distinguer les modes d'acquérir en modes du droit naturel ou des gens et en modes du droit civil (comp. *Inst.* Just., *de rer. div.*, § 2; Pothier, *de la Propriété*, n° 19).

L'utilité pratique de cette distinction consisterait en ce que : 1° les manières d'acquérir, qui sont du droit naturel, existeraient indépendamment de toute loi positive; 2° et qu'elles seraient applicables aux étrangers comme aux nationaux (comp. Proudhon, *du Domaine privé*, t. I, n° 334; Demante, t. III, n° 9 *bis;* Troplong, *de la Vente*, t. I, n° 2; Marcadé, sur l'article 711, n° 3).

Nous voyons toujours avec regret, pour notre part, cette espèce d'antagonisme que l'on prétend élever entre le *droit naturel* et le *droit positif;* et nous nous sommes, dès le début, suffisamment expliqué sur ce point pour n'avoir plus à y revenir (*voy.* notre tome I, n°s 5 et suiv.).

A quels signes d'ailleurs et à quels caractères devrait-on reconnaître, d'après cette distinction, les manières d'acquérir par le droit naturel? On est bien d'accord sur quelques-unes, telles que l'occupation, la tradition. Mais que de dissidences et de controverses sur la plupart des autres! et la succession ab intestat! et la prescription! et le testament! et même la donation entre-vifs! pour savoir si elles sont des modes d'acquérir du droit naturel, ou des modes du droit civil, ou si quelques-unes ne constituent pas des *modes mixtes!* (*Voy.* aussi notre tome I, nos 242 et suiv.).

Nous ne nous engagerons pas dans ces thèses abstraites, plus philosophiques que juridiques.

Notre avis est que c'est mal à propos que l'on a toujours conservé, jusque dans notre temps et en présence de nos lois codifiées, cette ancienne distinction, qui n'a été vraiment, de tout point, exacte qu'à son origine la plus reculée, à cette époque de la législation romaine où l'on distinguait les *cives romani* des *peregrini*.

Mais aujourd'hui, nous pensons qu'il n'y a, devant notre Code Napoléon, d'autres manières d'acquérir que celles qui sont explicitement ou implicitement reconnues par ce Code; de même que les étrangers ne peuvent invoquer, parmi nos différentes manières d'acquérir, que celles qui leur sont concédées par nos lois, d'une manière expresse ou tacite (*voy.* au surplus, sur ce sujet, les développements que nous avons fournis dans notre tome I, n° 240).

6. — B. Les manières d'acquérir sont soit originaires ou primaires, soit dérivées ou secondaires.

Les premières attribuent la propriété des biens qui n'appartiennent à personne; ainsi, l'occupation.

Les autres s'appliquent à une propriété antérieurement acquise, pour la transmettre de l'un à l'autre; ainsi la succession, la donation entre-vifs ou testamentaire, et presque toutes les autres; car dans l'état de civilisation,

les modes originaires d'acquérir ne sont qu'en très-petit nombre et d'une rare application.

Les modes originaires ne produisent qu'une acquisition sans aliénation ; tandis que les modes dérivés produisent tout à la fois l'acquisition par l'un et l'aliénation par l'autre, c'est-à-dire une *transmission*, une *succession*.

On peut remarquer, en outre, que toute acquisition originaire, par sa nature même, ne peut être qu'à titre singulier, tandis que les acquisitions dérivées sont à titre singulier ou à titre universel (*infra*, n° 8).

L'article 711 s'occupe évidemment des modes d'acquisition dérivés : « La propriété des biens, dit-il, « *s'acquiert et se transmet....* »

Mais de ce que l'article 712 déclare seulement que la propriété *s'acquiert aussi* par accession ou incorporation et par prescription, il n'en faut certes pas conclure qu'il présente ces deux modes d'acquérir comme originaires ; car la prescription, qui fait passer la propriété de l'un à l'autre, est évidemment un mode dérivé ; et quant à l'accession, si elle est un mode originaire, lorsqu'elle s'applique à des choses qui n'appartenaient à personne, elle peut être et elle est souvent, en effet, un mode dérivé très-important, lorsqu'elle fait acquérir à l'un ce qui appartenait auparavant à l'autre, comme dans le cas des articles 554, 555, 565 et suivants (*voy.* notre tome IX, n°s 640 et suiv., et notre tome X, n°s 1 et suiv.).

7. — C. On peut acquérir soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, suivant que celui qui acquiert, donne quelque chose en équivalent de ce qu'il reçoit, ou qu'il reçoit au contraire sans rien donner en échange.

Cette distinction est capitale ; et ces deux modes d'acquérir diffèrent profondément sous le triple rapport :

Des formes auxquelles ils sont soumis ;

De la capacité des personnes ;

Et de la disponibilité des biens ;

Le législateur, comme nous l'expliquerons plus tard,

ayant dû, dans l'intérêt du disposant, de sa famille et de la société tout entière, veiller avec une attention particulière, sur les dispositions à titre gratuit, entre-vifs ou par testament.

8. — D. Enfin, les manières d'acquérir sont à titre universel ou à titre particulier.

L'acquisition à titre universel est celle qui embrasse l'universalité ou une partie aliquote de l'universalité du patrimoine d'une personne, *in globo*, en masse, *per modum universitatis;* tels sont la succession, le legs universel ou à titre universel.

L'acquisition à titre particulier, au contraire, s'applique directement à un ou plusieurs biens déterminés, considérés isolément et en quelque sorte individuellement, *per se, sigillatim*, sans aucune corrélation avec l'universalité du patrimoine; tels sont le legs particulier, l'échange, la cession même d'une hérédité, qui ne constitue, en effet, qu'une acquisition à titre particulier, puisque cette hérédité ne forme ni l'universalité, ni une quote-part de l'universalité du patrimoine du cédant, et qu'elle n'est elle-même, dans son unité collective, que l'un des objets particuliers de ce patrimoine (*voy.* notre tome IX, nos 64 et suiv.).

L'intérêt de cette distinction consiste principalement en ce que les acquéreurs universels sont tenus, en général, de payer les dettes de leur auteur, tandis que cette obligation n'atteint pas les acquéreurs à titre particulier.

Et cette différence est fondée sur l'un des plus importants principes du droit civil, à savoir :

Que les dettes sont une charge de l'universalité des biens, de l'ensemble du patrimoine, et non pas de tel ou de tel bien considéré séparément : *æs alienum est onus universi patrimonii, non certarum rerum.* C'est en ce sens que l'article 2093 dispose que les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers; *les biens*, c'est-à-dire

l'unité active, qui seule est en quelque sorte personnifiée comme débitrice, et que suit et accompagne corrélativement l'unité passive; de façon que l'une et l'autre se correspondent et se fractionnent en même temps et dans les mêmes proportions (comp. art. 870, 871, 874, 1009, 1013, 1020, 1024, etc.).

Il en est, à certains égards, d'une *universalité de biens* comme d'une *universalité de personnes;* et de la même manière, par exemple, que lorsqu'une commune est débitrice, ce n'est pas chacun des habitants, *ut singuli,* qui doit, mais l'être moral de la commune; de même lorsqu'un patrimoine est obéré, ce n'est pas sur tel ou tel bien déterminément que pèse la dette, c'est sur l'ensemble des biens, sur l'être moral de l'universalité.

D'où il suit que pour être tenu de supporter une portion du passif d'un patrimoine, il faut acquérir une portion correspondante de son actif, *per modum universitatis.*

L'acquéreur à titre singulier n'est donc pas tenu, en général, des engagements de son auteur, sauf, bien entendu, comme nous le verrons, l'effet, de l'action hypothécaire (art. 2166), et plus généralement des droits réels, dont l'immeuble acquis serait grevé, et en réservant aussi l'action révocatoire des créanciers, en cas d'aliénation frauduleuse (art. 1167).

9. — Ajoutons que l'on distingue aussi deux sortes d'acquéreurs universels :

Les uns, qui succèdent non-seulement aux biens, mais encore à la personne;

Les autres qui ne succèdent qu'aux biens.

Les premiers sont les représentants, et en quelque sorte, les continuateurs de la personne de leur auteur; si bien qu'ils sont tenus des engagements personnels de celui-ci, comme de leurs propres engagements, c'est-à-dire au delà même de la valeur des biens qu'ils ont recueillis, *ultra vires;* ainsi l'héritier pur et simple (comp. art. 724, 802).

Les autres au contraire ne succédant qu'aux biens, et point à la personne, ne sont, en général, tenus qu'à cause des biens qu'ils ont acquis, et seulement jusqu'à concurrence de la valeur de ces biens.

Dans quels cas est-on successeur tout à la fois à la personne et aux biens ? Dans quels cas, aux biens seulement? cette question est délicate et difficile. Qu'il nous suffise d'avoir ici posé la distinction elle-même; nous arriverons successivement aux différentes applications dont elle est susceptible.

10. — On appelle du nom générique de *successeur* (dans les modes d'acquisition dérivés, bien entendu) celui qui acquiert, de quelque manière que soit, un bien apppartenant à un autre maître et qui vient, après celui-ci, dans la propriété de ce bien, pour en exercer désormais les droits en son propre nom (*succedere*, *sub cedere*, venir après).

Les mots *héritier*, *représentant*, *ayant cause*, *ayant droit*, sont souvent employés, en ce sens, comme synonymes, suivant les cas, du mot *successeur* (comp. art. 129, 137, 941, 1122, 1220, 1322, etc.).

Hâtons-nous d'ajouter toutefois que la terminologie de notre Code est bien loin, sous ce rapport, d'être rigoureuse; et il y aurait le plus grand danger à vouloir préciser exactement, *in thesi*, le sens et la portée de ces différents termes. C'est ainsi que nous verrons que l'expression *ayant cause* a suscité l'une des plus sérieuses difficultés que le Code Napoléon ait fait naître (sur les articles 1322 et 1328).

Ce qui est certain d'ailleurs, c'est qu'on ne saurait appeler *successeur* ni *ayant cause*, dans le sens technique de ces mots, celui-là qui n'acquiert rien d'un autre, et qui ne fait que rentrer dans la propriété d'un bien par l'effet de la résolution ou de l'extinction du droit d'un tiers (comp. Zachariæ, Massé et Vergé, t. II, p. 216).

11. — Telles sont les règles générales les plus impor-

tantes, qui gouvernent les différentes manières d'acquérir.

Ces règles sont traditionnelles dans le droit civil; et elle sont, en effet, pour la plupart, essentiellement inhérentes au caractère même des divers modes d'acquisition. Le Code Napoléon s'y réfère dans toutes ses dispositions sur cette matière; et s'il ne les a pas mises lui-même en relief, c'est parce qu'il les suppose connues; c'est aussi parce qu'il est une loi, et non pas un livre d'enseignement : *Lex jubeat, non disputet* (*apud Senecam, Epist.* 94).

12. — Et maintenant quelles sont les manières d'acquérir que notre Code reconnaît?

Les articles 711 et 712, qui ouvrent ce troisième livre, s'expriment en ces termes :

Article 711 : « La propriété des biens s'acquiert et se « transmet par succession, par donation entre-vifs ou « testamentaire, et par l'effet des obligations. »

Article 712 : « La propriété s'acquiert aussi par acces- « sion ou incorporation, et par prescription. »

Ainsi, voilà les cinq manières d'acquérir, savoir :

1° Les successions;

2° Les donations entre-vifs et les testaments;

3° Les obligations;

4° L'accession ou l'incorporation;

5° La prescription;

Et en y ajoutant :

6° La loi;

7° La tradition;

8° L'occupation;

On trouve qu'il existe en tout, sous le Code Napoléon, huit manières d'acquérir la propriété des biens.

13. — Les successions, les donations entre-vifs ou testamentaires, les obligations et la prescription font l'objet de ce livre troisième, dont les articles 711 et 712 fournissent, pour ainsi dire, le programme.

C'est ainsi que le titre I traite *des successions;*

Le titre II, *des donations entre-vifs et des testaments;*

Les titres III et IV, *des obligations;*

Et le titre XX et dernier, *de la prescription.*

Quant aux titres V à XIX, ils sont consacrés à poser les règles de certains contrats, les plus importants et les plus usuels : *du contrat de mariage* (tit. V); *de la vente* tit. VI); *de l'échange* (tit. VII); *du contrat de louage* (tit. VIII); *du contrat de société* (tit. IX); *du prêt* (tit. X); *du dépôt et du séquestre* (tit. XI); *des contrats aléatoires* (tit. XII); *du mandat* (tit. XIII); *du cautionnement* (tit. XIV); *des transactions* (tit. XV); *de la contrainte par corps en matière civile* (tit. XVI); *du nantissement* (tit. XVII); *des priviléges et hypothèques* (tit. XVIII); *de l'expropriation forcée et des ordres entre les créanciers* (tit. XIX).

Voilà, jusqu'au dernier terme, notre table des matières.

Il est vrai que plusieurs de ces titres et surtout celui qui traite de la contrainte par corps, ne se rattachent que par une suite d'idées fort éloignées, *aux différentes manières dont on acquiert la propriété.* Il s'en faut bien, sans doute, que cette distribution soit irréprochable; et il eût été facile d'adopter un plan plus logique et meilleur. Mais nous avons déjà remarqué que les auteurs de notre Code, ayant envisagé les obligations comme la double source du droit réel et du droit personnel, ont pu être amenés ainsi à traiter, sous cette rubrique, des différents droits qui dérivent, plus ou moins indirectement, des obligations, lors même que ces droits ne produisent aucune acquisition (*supra*, n° 2).

14. — C'est dans le livre deuxième (tit. II, art. 547 et suiv.), que le législateur a posé les règles de l'accession considérée comme moyen d'acquérir ; et nous n'avons pas à rentrer dans les développements que nous avons fournis sur ce sujet (*voy.* notre tome IX, n°s 571 et suiv., et notre tome X, n°s 1 et suiv.).

15. — La loi elle-même, dans certains cas, attribue

directement la propriété ou un droit quelconque à des particuliers ou à l'État.

Sans parler des successions légitimes, qui sont désignées, dans la nomenclature des manières d'acquérir, sous le nom spécial de *succession*, on peut citer la jouissance que l'article 384 accorde aux père et mère sur les biens de leurs enfants, et encore l'attribution que l'article 563 fait de l'ancien lit d'une rivière qui a changé son cours, aux propriétaires, aux dépens desquels le nouveau lit a été formé (*voy.* notre tome IX, nº 171).

Nous avons aussi déjà remarqué que l'acquisition des fruits que fait le possesseur de bonne foi, dans les cas prévus par les articles 138 et 549, pouvait être considérée comme dérivant de la loi (*voy.* notre tome IX, nº 622).

C'est également en vertu de la loi, que l'État acquiert, comme nous le verrons bientôt, la propriété de certaines épaves maritimes, fluviales ou terrestres, qui lui sont attribuées par des dispositions législatives spéciales (*infra*, nºs 63 et suiv.; 66 et 77).

De même et plus généralement, l'État acquiert en vertu de la loi, par les articles 539 et 713, les biens vacants et sans maître.

Enfin, on pourrait faire rentrer encore dans les manières d'acquérir en vertu de la loi, certains modes pour ainsi dire mixtes d'acquérir, tels que ceux qui sont édictés soit par l'article 559, soit surtout par les articles 643, 661 et 682, où l'on trouve des exemples de certaines expropriations forcées, que la loi autorise, sous certaines conditions, dans un intérêt privé et public.

Il est donc vrai de dire (*supra*, nº 12) que la loi doit être rangée parmi les manières d'acquérir.

16. — Il en est de même de la tradition qui, bien que n'étant pas mentionnée non plus dans l'énumération faite par le Code, n'en est pas moins aussi, dans beaucoup de cas encore, une manière d'acquérir la propriété (*voy.* Locré, *Législ. civ.*, t. X, p. 113).

C'est ainsi : 1° que dans les obligations de ce genre, la propriété ne saurait être transmise que par la tradition, qui seule détermine l'objet dont la transmission s'opère (*supra*, n° 3); 2° que, dans tous les cas, la tradition d'un objet mobilier corporel peut devenir, pour le possesseur de bonne foi, une cause d'acquisition de la propriété, lors même qu'il l'a reçu *a non domino* (comp. art. 1141, 2279). On peut remarquer aussi que la transmission de propriété des meubles, dans le don manuel, admise sans contestation par la doctrine, ne peut également s'expliquer que par l'effet translatif de propriété résultant de la tradition, lorsquelle a eu lieu, en effet, *animo transferendi domini.* (Comp. Demante, t. III, n° 8 *bis.*)

17. — Enfin, nous avons présenté l'occupation comme constituant encore aujourd'hui, sous l'empire de notre Code, une manière d'acquérir la propriété (*supra*, n° 12).

Et c'est à ce sujet que sont principalement consacrées les *dispositions générales*, qui ouvrent notre *livre troisième.*

DE L'OCCUPATION.

SOMMAIRE.

17 *bis.* — Division.

17 *bis.* — Nous avons ici à résoudre deux questions, savoir :

1° L'occupation est-elle encore aujourd'hui, sous notre Code une manière d'acquérir?

2° Dans quels cas est-elle admise?

I.

L'occupation est-elle encore aujourd'hui une manière d'acquérir?

SOMMAIRE.

17 *ter.* — Est-il vrai que l'on puisse acquérir aujourd'hui par droit d'occupation? — Des biens immeubles.

18. — Suite. — Des biens meubles.

17 *ter*. — Et d'abord, est-il vrai que l'on puisse acquérir aujourd'hui par droit d'occupation?

Aux termes de l'article 713 ; « les biens qui n'ont pas « de maître appartiennent à l'État. »

Et déjà, l'article 539 avait disposé que :

« Tous les biens vacants et sans maître, et ceux des per« sonnes qui décèdent sans héritiers, ou dont les succes« sions sont abandonnées, appartiennent *au domaine public* « (*voy.* notre tome IX, n° 456).

Les biens, dit l'article 713; *tous les biens*, dit l'article 539!

Donc, il n'y aurait, d'après ces textes, aucun bien, ni immeuble, ni meuble, qui pût être considéré comme une chose *nullius*, dont le premier occupant aurait le droit de s'emparer.

On peut ajouter qu'en effet l'occupation, dans une société avancée, ne pourrait être qu'une source de violences et de désordres; tandis que l'attribution à l'État de tous les biens sans maître, en même temps qu'elle garantit la paix publique, est aussi plus équitable, en ce qu'elle profite à tous les membres de la société, dont l'État est le commun représentant.

Ces considérations sont certainement très-graves; il faut même en adopter, de tout point, la conclusion, en ce qui concerne *les immeubles*, et aussi, comme nous allons le dire, les *universalités de meubles*.

Les termes généraux des articles 539 et 713 comprennent, en effet, tous les biens immeubles. M. Siméon a même formellement déclaré que ces articles avaient surtout en vue cette espèce de biens ; et comme aucun article ne les a modifiés sous ce rapport, ils doivent être appliqués, quant aux immeubles, dans toute leur étendue. De quelque manière donc qu'un immeuble se trouve actuellement ne point appartenir à un particulier, il devient et il

demeure la propriété de l'État, tant qu'il n'a pas été valablement aliéné, ou que la propriété n'en a pas été prescrite contre lui (art. 541).

C'est ordinairement des immeubles provenant des successions en déshérence, que l'État acquiert ainsi la propriété (comp. art. 539, 723, 768; *voy.* aussi l'article 33 aujourd'hui abrogé); car il faut remarquer que les articles 539 et 713 ont surtout en vue une masse, un ensemble de biens, et non pas des choses considérées individuellement, c'est-à-dire les choses qui peuvent seules aujourd'hui faire l'objet du droit d'occupation. L'abandon d'un immeuble *pro derelicto* est d'ailleurs difficilement supposable; toutefois, si cette hypothèse se présentait, ce serait encore à l'État que l'immeuble désormais sans maître appartiendrait.

Il peut arriver, il est vrai, que le produit de certains immeubles soit insuffisant pour acquitter la contribution à laquelle ils sont soumis, tels que les terres vaines et vagues, les landes et bruyères, et les terrains habituellement inondés ou ravagés par les eaux; mais, précisément pour ce cas spécial, la loi du 3 frimaire an VII dispose que les particuliers ne peuvent s'affranchir de la contribution à laquelle ces fonds devraient être soumis, qu'en renonçant à ces propriétés au profit de la commune dans laquelle elles sont situées (art. 65, 66; comp. Proudhon, *du Domaine privé*, t. I, n° 407).

18. — Quant aux biens meubles, vacants et sans maître, les articles 539 et 713 les attribuent également, en règle générale, à l'État; c'est particulièrement aussi en ce qui concerne les universalités de meubles, c'est-à-dire les meubles provenant *des personnes qui décèdent sans héritiers, ou dont les successions sont abandonnées*, que cette attribution s'applique (comp. Pothier, *de la Propriété*, n° 22; Duranton, t. IV, n° 269).

Mais la règle est-elle, pour les meubles, aussi absolue que pour les immeubles?

On l'a enseigné; et on en est ainsi venu à dire (comme il le fallait bien dans cette théorie!) que le lièvre qui court dans les champs, et le poisson qui nage dans l'eau courante, et l'oiseau qui vole dans les airs, sont la propriété de l'État! (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 353 et 419, et notre tome IX, n° 461.)

De telles propositions ne sont évidemment pas admissibles; et la vérité est que le savant auteur que nous venons de citer, ne les admet pas non plus lui-même; car il ajoute « qu'il est permis aux particuliers de s'approprier, par prise de possession, certaines choses (telles que le gibier et le poisson), qui appartiennent de plein droit à l'État. » (*Loc. supra, cit.*)

Il nous paraît beaucoup plus simple et plus exact de dire que certaines choses, au contraire, n'appartiennent pas à l'État, et sont encore aujourd'hui considérées comme des choses *nullius*, à l'égard desquelles l'occupation est toujours un moyen d'acquérir, non pas dérivé, mais originaire.

La preuve en résulte d'abord des travaux préparatoires. L'article 2 du projet de la Commission était, en effet, ainsi conçu :

« La loi civile ne reconnaît pas le droit de simple occupation.

Les biens qui n'ont jamais eu de maître, et ceux qui sont vacants comme abandonnés par leurs propriétaires, appartiennent à la nation; nul ne peut les acquérir que par une possession suffisante pour opérer la prescription. » (Fenet, t. II, p. 124.)

Mais le tribunal d'appel de Paris présenta sur cet article l'observation suivante :

« Nous n'approuvons pas qu'on dise, d'une manière si crue et si générale, que la loi civile ne reconnaît pas le droit de simple occupation, et que les biens qui n'ont jamais eu de maître, appartiennent à la nation. Il y a des choses qui n'appartiennent à personne, et que les

jurisconsultes appellent *res communes, res nullius*. Entend-on soustraire aux particuliers la faculté d'acquérir ces choses pour les donner exclusivement à la nation? Est-ce qu'un particulier qui va puiser de l'eau à la rivière, n'acquiert pas le domaine de l'eau qu'il y a puisée, et dont il a empli sa cruche? Les pierres, les coquillages qu'on ramasse sur le bord de la mer, n'appartiennent-ils pas à celui qui s'en saisit? On peut citer cent exemples pareils. » (Fenet, t. II, p. 212.)

Et c'est d'après ces observations, si pleines de vérité, que la première partie de l'article 2 du projet fut entièrement retranchée, et que la seconde partie fut modifiée et ramenée aux termes de la disposition, qui forme aujourd'hui notre article 713. Donc, malgré la généralité, trop grande encore sans doute, de ses termes, cet article n'attribue pas à l'État, absolument et sans distinction, tous les biens qui n'ont pas de maître; car, s'il en était ainsi, on ne s'expliquerait pas les changements que le projet de la Commission a subis. Bien plus! les articles suivants, 714, 715, 716 et 717, se trouveraient en contradiction flagrante avec l'article 713. Ce dernier argument serait, à lui seul, décisif; nous allons voir, en effet, que les articles 714 à 717 consacrent l'occupation comme manière d'acquérir; et dès lors, il est impossible de nier que l'étendue apparente de l'article 713 ne soit restreinte par les articles suivants, qui ont été précisément ajoutés dans ce but (comp. Toullier, t. II, n° 475).

Concluons donc que l'occupation est encore, dans certains cas, un mode d'acquérir; et cette conclusion, dans les limites où nous allons voir qu'elle est renfermée, n'est pas moins conforme à nos textes qu'à la nécessité même et au bon sens.

19. — « L'occupation, disait Pothier, est le titre par lequel on acquiert le domaine de propriété d'une chose qui n'appartient à personne, en s'emparant dans le dessein de l'acquérir. » (*De la Propriété*, n° 20.)

L'occupation, en effet, exige deux conditions, comme la possession, dont elle n'est qu'un mode, à savoir : le fait, *factum*, c'est-à-dire l'appréhension corporelle; et l'intention, *animus*, c'est-à-dire la volonté de s'approprier la chose (*voy.* notre tome IX, n° 479).

En général, la prise de possession de la chose, *corpore*, est nécessaire. Il faut, comme disait encore Pothier, *avoir mis la main dessus!* Cette règle, toutefois, n'est pas absolue; nous croyons même qu'on formulerait plus exactement cette première condition de l'occupation, en disant que pour que l'occupation s'accomplisse, il faut que la chose soit au pouvoir de celui qui a la volonté de se l'approprier : « .... *ut si in meam potestatem pervenit, meus factus sit....* » (L. 55, ff. *de adq. rer. dom.*)

II.

Dans quels cas l'occupation est-elle admise ?

SOMMAIRE.

20. — On peut dire que l'occupation est admise comme manière d'acquérir dans cinq hypothèses, ou en d'autres termes, qu'il y a cinq espèces d'occupation.

20. — Le Code Napoléon reconnaît l'occupation comme manière d'acquérir dans quatre hypothèses principales; ou mieux encore, on peut dire qu'il reconnaît quatre sortes d'occupation :

A. — L'occupation, que nos anciens auteurs appelaient l'occupation *simple*, parce qu'elle ne porte aucun nom particulier (art. 714);

B. — La chasse (art. 715);

C. — La pêche (art. 715);

D. — L'invention (art. 716, 717);

E. — Enfin, on pourrait ajouter l'occupation du butin par la guerre, *bellica*.

Expliquons-nous sur ces différentes espèces d'occupation.

A. — *De l'occupation simplement dite.*

SOMMAIRE.

21. — Quels sont les cas de l'occupation simple, c'est-à-dire qui ne porte pas de nom particulier?

21. — Aux termes de l'article 714;

« Il est des choses qui n'appartiennent à personne, et « dont l'usage est commun à tous.

« Des lois de police règlent la manière d'en jouir. »

Les choses auxquelles cette disposition s'applique, sont celles que l'on a de tout temps appelées *communes, res communes,* c'est-à-dire les choses qui, à cause de leur immense étendue et de leur fécondité inépuisable, sont restées dans la communauté négative du genre humain, parce qu'elles sont offertes par la nature elle-même à l'usage commun de tous : l'air, la lumière, la mer, l'eau courante (*Inst.*, lib. II, tit, I, § 1). Ce ne sont pas là des *biens* dans le sens juridique de ce mot, c'est-à-dire des choses qui soient susceptibles d'entrer dans notre patrimoine. *L'air et le vent,* disait Basnage, *ne sont ni nobles ni roturiers* (t. I, p. 297, *des Fiefs et Droits féodaux*); pas plus, pourrions-nous dire aujourd'hui, qu'ils ne sont meubles ni immeubles; et il est notable, en effet, qu'à la différence des articles 711, 712 et 713, qui se servent du mot *biens,* l'article 714 emploie, au contraire, le mot *choses.*

Ces choses donc ainsi considérées, l'air atmosphérique en masse, par exemple, ou l'eau courante, dans son volume continu et incessamment renouvelé, ne peuvent évidemment pas être l'objet d'une acquisition; et chacun n'a que le droit d'en *jouir,* suivant les règlements de police de la cité (*voy.* notre tome IX, n° 461).

Mais il est clair aussi que des portions détachées de ces choses peuvent devenir l'objet d'un droit de propriété. C'est ainsi que je deviens propriétaire de l'eau que j'ai

puisée dans un vase, à une rivière navigable ou non navigable, peu importe; *aqua profluens res est communis;* et Pothier disait fort justement que celui qui, pour s'épargner la peine d'aller à la rivière, verserait dans sa cruche l'eau qui était dans la mienne, commettrait à mon préjudice un véritable vol (*de la Propriété*, n° 84). Il en serait de même d'une certaine quantité d'air qu'un chimiste aurait renfermée dans un récipient.

Ces hypothèses les plus usuelles sont celles de l'occupation simplement dite, qui ne porte pas de nom particulier; cette espèce d'occupation est donc une manière d'acquérir la propriété; et, sous ce rapport, on pourrait entendre aussi le mot *jouir,* employé par notre article 714, en ce sens qu'il exprimerait que chacun peut s'approprier les portions des choses communes dont il prend possession. « C'est dans le même sens à peu près, ajoute M. Ducaurroy, que l'on dit d'une personne qu'elle jouit de ses droits civils, pour indiquer que ces droits lui appartiennent. » (Comp. art. 8 et 13; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 383.)

B. — *De la Chasse.*

SOMMAIRE.

22. — L'exercice de la faculté de chasser est aujourd'hui réglé par la loi du 3 mai 1844. — Exposition. — En quel sens l'article 715 du Code Napoléon se réfère-t-il à cette loi?
23. — Suite. — Le chasseur acquiert-il la propriété du gibier qu'il a tué ou pris sur le fonds d'autrui, sans le consentement du propriétaire ou malgré sa défense?
24. — A quelles espèces d'animaux s'applique l'occupation par la chasse?
25. — Comment s'accomplit l'occupation par la chasse? — Le gibier poursuivi, blessé ou non blessé, par un chasseur, peut-il être appréhendé par un autre que celui qui le poursuit?
26. — La propriété qui s'établit sur les animaux sauvages par l'occupation, a ceci de particulier qu'elle se perd avec la possession elle-même, lorsque ces animaux, en nous échappant, ont reconquis leur liberté naturelle.
27. — Suite. — Dispositions spéciales de la loi du 28 septembre 1791, en ce qui concerne les essaims d'abeilles.

22. — L'article 715 est ainsi conçu :

« La faculté de chasser ou de pêcher est également « réglée par des lois particulières. »

Nous n'avons pas à faire ici une exposition historique du droit de chasse. Qu'il nous suffise de dire que la loi particulière aujourd'hui en vigueur sur ce sujet, est celle du 3 mai 1844. Cette loi renferme plusieurs ordres de prescriptions, dont le double but est, dans l'intérêt des particuliers, de garantir l'inviolabilité de la propriété privée; et, dans l'intérêt général, de préserver les fruits et les récoltes, de prévenir la trop grande destruction du gibier, et aussi de veiller à la sûreté des personnes.

C'est ainsi que nul n'a la faculté de chasser sur la propriété d'autrui sans le consentement du propriétaire ou de ses ayants droit (art. 1);

Et que, même sur son propre fonds, le propriétaire ne peut chasser, si la chasse n'est pas ouverte, et s'il ne lui a pas été délivré un permis de chasse par l'autorité compétente (art. 1). Il faut ajouter toutefois que le propriétaire peut chasser ou faire chasser en tout temps, sans permis de chasse, dans ses possessions attenant à une habitation, et entourées d'une clôture continue faisant obstacle à toute communication avec les héritages voisins (art. 2).

L'ouverture et la clôture de la chasse sont, dans chaque département, annoncées publiquement par les préfets (art. 3). Dans chaque département aussi, il est interdit de mettre en vente, de vendre, d'acheter, de transporter et de colporter du gibier pendant le temps où la chasse n'y est pas permise; et en cas d'infraction à cette disposition, le gibier est saisi et livré à l'établissement de bienfaisance le plus voisin (art. 4).

Les autres dispositions de la loi sont relatives aux permis de chasse (art. 5-8); au pouvoir qui appartient aux préfets, sur l'avis des conseils généraux, de prendre des arrêtés concernant la chasse de certains animaux

(art. 9); aux peines, à la constatation et à la poursuite des délits (art. 11-31).

Nous ferons comme notre article 715, qui se borne à y renvoyer; c'est qu'en effet, ces diverses prescriptions sont, pour la plupart, étrangères à la question qui seule est, en ce moment, la nôtre.

De quoi s'agit-il ici pour nous, dans ce titre qui traite *des manières d'acquérir ?* uniquement d'une question d'acquisition de propriété.

Le chasseur qui tue une pièce de gibier, en devient-il propriétaire ? voilà notre sujet.

Eh bien ! la réponse est très-simple : la propriété de l'animal tué à la chasse appartient au chasseur, en vertu du droit d'occupation; et en pénétrant bien le sens de l'article 715, on reconnaîtra qu'il n'a et qu'il ne peut avoir d'autre but que de consacrer cette manière d'acquérir; car s'il ne tranchait pas virtuellement cette question de propriété, il serait tout à fait inutile; on ne comprendrait pas pourquoi les rédacteurs du Code auraient inséré ici un article tout exprès, uniquement pour se référer aux lois particulières sur la chasse; tandis qu'on s'explique parfaitement cette disposition, en ce sens qu'elle a pour but de déclarer que les dispositions réglementaires et de police sur l'exercice de la chasse, ne détruisent pas la règle du droit civil, qui attribue au chasseur la propriété de l'animal qu'il a tué.

23. — Cette règle est de toute évidence, lorsque l'animal a été tué par le chasseur sur son propre fonds ou sur le fonds d'autrui, avec la permission du propriétaire.

Mais faut-il l'appliquer même aussi dans le cas où le chasseur a tué ou pris le gibier sur le fonds d'autrui, sans la permission du propriétaire, ou malgré sa défense ?

Cette question est bien ancienne; et Cujas a soutenu la négative (observ. 4, cap. II). Mais la solution contraire

a toujours été généralement enseignée ; et c'est bien celle qui résulte des lois romaines (comp. *Inst.*, § 12, *de rer. div.;* Vinnius, *hoc loco*).

Pothier, dans son ancien droit, la professait également (*de la Propriété*, n° 24); et elle est sans aucun doute aussi, dans notre droit actuel, la meilleure.

La défense faite par le propriétaire à une personne de chasser sur son fonds, ne change pas, en effet, la nature du gibier, qui n'en est pas moins toujours chose *nullius; prohibitio ista*, disait fort bien Vinnius, *conditionem animalis mutare non potest* (*loc. supra*). Le maître du fonds ne saurait exercer une action en revendication du gibier, puisqu'il n'en a jamais été propriétaire; tout ce qu'il peut faire, c'est d'agir en dommages-intérêts.

La loi du 3 mai 1844 ne renferme rien de contraire à ce principe (*voy.* l'article 11, n° 2). Ce n'est que dans le cas de chasse en temps prohibé qu'elle enlève au chasseur le gibier qu'il a tué ou qu'il a pris ; et encore, n'est-ce pas pour le remettre au propriétaire du fonds sur lequel il aurait été tué par un tiers, puisque nous venons de voir, au contraire, qu'elle l'attribue aux établissements de bienfaisance (*supra*, n° 22 ; comp. Cass., 13 août 1840, Desmares, Dev., 1840, I, 732 ; Toullier, t. II, n° 7 ; Proudhon, *du Domaine privé*, t. I, n° 386 ; Duranton, t. IV, n°s 279 et 283; Demante, t. III, n° 11 *bis*, III).

24. — Il est bien clair, d'ailleurs, que ce mode d'acquisition ne s'applique qu'aux animaux tout à fait sauvages, *feræ bestiæ* (*Inst.*, § 12, *de rer. div.*), quadrupèdes ou volatiles, qui vivent, comme disait Pothier, *in laxitate naturali* (*de la Propriété*, n°s 21 et 24).

On ne saurait donc l'étendre ni aux animaux privés et domestiques, *mansueta*, ni même aux animaux de nature sauvage, mais apprivoisés, et qui sont censés appartenir au propriétaire du fonds où ils ont, en quelque sorte, élu domicile, tant qu'ils conservent l'habitude d'y revenir (comp. *Inst.*, *de rer. div.*, § 15; Pothier, *de la Pro-*

priété, n° 21 ; art. 564, Cod. Nap.; art. 388, Code pénal; Rouen, 14 février 1845, Fournier, Dev., 1845, II, 236; Rennes, 29 oct. 1847, Delalande, Dev., 1849, II, 225; *voy.* aussi, sur ce sujet, notre tome IX, n°s 176 à 180).

25. — Il faut aussi exiger, bien entendu, dans l'occupation par la chasse, la condition générale nécessaire pour que toute occupation s'accomplisse, à savoir : l'appréhension corporelle, *factum*, ou du moins que la chose soit incontestablement en la puissance de celui qui a la volonté de s'en emparer (*supra*, n° 19).

Et c'est précisément cette règle-là qui doit servir à résoudre la question, depuis si longtemps agitée, du gibier poursuivi.

Un autre que celui qui le poursuit, peut-il le tuer ou le prendre?

Non, d'après Barbeyrac, lors même que le gibier n'aurait pas encore été blessé par le chasseur qui est à sa poursuite;

Oui, suivant Puffendorf, si l'animal poursuivi n'est pas blessé ou ne l'est que légèrement (livre IV, chap. VI, n° 10).

Pothier, sans se prononcer, remarque seulement que le sentiment de Barbeyrac est *plus civil et qu'il est suivi dans l'usage* (*de la Propriété*, n° 26).

La vérité est pourtant que l'animal, même poursuivi et blessé par un chasseur, ne lui appartient pas encore, et que l'occupation ne se réalise qu'autant qu'il est évidemment en son pouvoir, de manière à ne lui pouvoir plus échapper; telle est la décision des *Institutes* de Justinien, qui ne reconnaissent au chasseur la propriété du gibier, même blessé, *vulnerata,* qu'autant qu'il l'a pris : *non aliter quam si ceperis; quia multa accidere solent ut non capias* (§ 13, *de rer. div.* ajoute L. 55, ff. *de adq. rer. dom.*).

Nous n'entendons pas, d'ailleurs, trancher ici une question de convenance, de bons procédés ou de savoir-

vivre, mais seulement une question de droit (comp. Proudhon, *du Dom. privé,* t. I, n° 385; Duranton, t. IV, n° 278).

La conséquence de cette solution est encore que le chasseur ne pourrait pas continuer de suivre sur le terrain d'autrui, sans le consentement du propriétaire, le gibier par lui blessé et poursuivi (comp. Cass., 29 avril 1862; Cooper, Dev., 1863, I, 237; et les *Observations* de l'arrêtiste; mais voyez en sens contraire, M. Villequez, dans l'intéressante monographie que notre savant collègue a publiée sous ce titre: *Du droit du chasseur sur le gibier, dans toutes les phases de la chasse*, chap. IV, n°s 55 et suiv.)

26. — La propriété qui s'établit sur les animaux sauvages par l'occupation, c'est-à-dire par la prise de possession, a ceci de particulier qu'elle se perd avec la possession elle-même, lorsque les animaux, par une sorte de *jus postliminii,* ont reconquis, en nous échappant, leur liberté naturelle, et sont ainsi rentrés dans la communauté négative du genre humain; à la différence des choses inanimées et même des autres animaux, dont nous conservons la propriété, alors même qu'ils sont égarés (comp. L. 3, § 2, et L. 5, § 6, ff. *de adq. rer. dom.;* Pothier, *de la Propriété*, n° 57).

27. — Remarquons toutefois, sur ce point, qu'en ce qui concerne les essaims d'abeilles, la loi du 28 septembre 1791 (titre I, sect. III, art. 5) renferme une disposition spéciale ainsi conçue :

« Le propriétaire d'un essaim a le droit de le réclamer
« et de s'en ressaisir, tant qu'il n'a point cessé de le sui-
« vre; autrement, l'essaim appartient au propriétaire du
« terrain sur lequel il s'est fixé. »

Ainsi, d'une part, le propriétaire de l'essaim qui s'enfuit, peut exercer un droit de suite; droit fort ancien, qui paraît dériver de ce qu'on assimilait aux choses perdues les abeilles qui s'enfuyaient (*Établissements de Saint-Louis,* liv. I, chap. CLXV; comp. Klimrath, *Rev. de législ.,* t. II de

1835, p. 398); d'où il est permis de conclure que le maître de l'essaim déserteur peut le poursuivre jusque sur le terrain d'autrui, à la charge d'indemniser le propriétaire du dommage qu'il lui aura causé (comp. Toullier, t. II, n° 374, Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 104; Chavot, *de la Propr. mob.*, t. II, n° 433);

Et d'autre part, le propriétaire du terrain sur lequel l'essaim s'est fixé, en acquiert la propriété, dès que le maître de cet essaim a cessé de le suivre, et par conséquent avant aucune prise de possession de sa part (*voy.* notre *Traité de la Distinction des biens*, etc., t. I, n° 277).

Cette dernière décision de la loi du 28 septembre 1791 diffère du droit romain (Inst., *de rer. div.*, § 14) et de notre ancien droit français (Pothier, *de la Propriété*, n° 80). D'après les législations antérieures, l'essaim n'appartenait pas plus au propriétaire du fonds sur lequel il s'était fixé, que l'oiseau qui aurait fait son nid sur ce fonds; et ce n'était que par occupation que la propriété pouvait en être acquise, soit au maître du fonds, soit à tout autre. On ne saurait nier que cette théorie ne fût plus conforme aux véritables principes (comp. Proudhon, *du Dom. privé*, t. I, n°s 126 à 405).

C. — *De la pêche.*

SOMMAIRE.

28. — Il faut distinguer la pêche maritime et la pêche fluviale. — Exposition.

29. — La pêche est un mode d'acquérir par occupation. — Mais celui qui exerce la pêche sans droit ou sans la permission de celui auquel le droit appartenait, devient-il propriétaire du poisson qu'il a pris?

30. — Pour quelles espèces de poissons la pêche est-elle un moyen d'acquérir?

28. — L'article 715 comprend, dans les mêmes termes, la faculté de chasser ou de pêcher, c'est-à-dire qu'en se bornant à renvoyer aux lois particulières qui en réglementent l'exercice, il consacre virtuellement la pêche,

de même que la chasse, comme manière d'acquérir (*supra*, nº 22; *voy.* toutefois *infra*, nº 29).

Il faut, à cet égard, distingner la pêche maritime, qui s'exerce dans les eaux salées, et la pêche fluviale, qui s'exerce dans les eaux douces :

I. — La pêche maritime est encore aujourd'hui réglée par l'Ordonnance sur la marine de 1681.

Toute personne peut pêcher dans la mer sans permission spéciale (liv. V, tit. I, art. 1 de ladite Ordonnance; Pothier, *de la Propriété*, nº 51). C'est en ce sens que l'on a coutume de dire que la pêche maritime est libre; car, d'ailleurs, elle est soumise à des prescriptions réglementaires et de police, qui, dans l'intérêt général, afin d'empêcher la destruction du frai et de favoriser la reproduction des différentes espèces de poissons, déterminent les temps, saisons et heures pendant lesquels la pêche est interdite, les procédés, les engins et instruments prohibés, ainsi que la dimension des filets dont l'usage est permis (comp. liv. V de l'Ordon. de 1681; Déclarations du roi des 23 avril, 2 septembre et 24 décembre 1726; 18 mars 1727; ajout. Ordonn. du 13 mai 1818: *voy.* au surplus Merlin, *Rép.*, vº *Pêche*, section II).

II. La pêche fluviale est réglée, chez nous, par la loi du 15 avril 1829, à laquelle il faut ajouter celles des 6 juin 1840 et 31 mai 1865.

Dans les cours d'eau navigables ou flottables, et dans leurs dépendances, dont l'entretien est à la charge de l'État ou de ses ayants cause, le droit de pêche est exercé au profit de l'État; la pêche à la ligne flottante tenue à la main y est néanmoins permise à toute personne, le temps du frai excepté (art. 1 et 5 de la loi de 1829).

Dans les autres cours d'eau les propriétaires riverains ont, chacun de son côté, le droit de pêche jusqu'au milieu du cours de l'eau, sans préjudice des droits contraires établis par possession ou titre (art. 2; *voy.* notre tome X, nº 140).

Tout individu qui se livre à la pêche, sans la permission de celui à qui le droit de pêche appartient, est passible d'une amende, aux termes de l'article 5; et il est à remarquer que ce même article ajoute *qu'il y aura lieu, en outre, à la restitution du prix du poisson pêché en délit....*

Les autres dispositions de la loi concernent l'administration et la régie de la pêche; les adjudications et cautionnements (tit. II et III); le titre IV est particulièrement consacré à la conservation et à la police de la pêche; et il édicte les mesures nécessaires dans l'intérêt public, pour prévenir la trop grande destruction du poisson et pour favoriser le repeuplement des rivières. Le reste de la loi concerne le mode de recherche et de poursuite des délits, les peines, les condamnations et l'exécution des jugements (tit. V et suiv.; ajout. Ordonn. du 15 nov. 1830; du 28 oct. 1840; du 28 fév. 1842).

29. — Il est incontestable que la pêche est un mode d'acquérir, au profit de ceux qui l'exercent en vertu de leur propre droit ou avec la permission de celui auquel le droit de pêche appartient; le poisson qu'ils prennent leur est alors acquis à titre d'occupation.

Mais faut-il en dire autant du cas où le fait de pêche a été exercé par un individu sans droit et qui n'avait pas obtenu la permission de celui à qui le droit appartenait?

L'affirmative semblerait conforme aux principes; car le poisson qui nage dans l'eau courante, est chose *nullius*, aussi bien que le gibier qui court dans les champs, et que l'oiseau qui vole dans les airs; et de même que celui qui chasse sur le fonds d'autrui, sans la permission du propriétaire, n'en acquiert pas moins le gibier qu'il a tué (*supra*, n° 23), de même celui qui pêche dans un cours d'eau sans la permission de celui à qui le droit de pêche appartient, paraîtrait devoir aussi acquérir le poisson qu'il a pris, sauf, bien entendu, la condamnation aux peines décrétées par la loi et aux dommages-intérêts. Tel était, en effet, le droit romain (Inst., *de rer. div.*, § 12); et tel

serait aussi notre droit actuel, si nous n'avions que l'article 715. Mais la loi du 15 avril 1829 renferme, à cet égard, une disposition spéciale; et nous venons de remarquer (*supra*, n° 28) que précisément l'article 5 de cette loi dispose que celui qui a pêché sans la permission de celui auquel le droit de pêche appartient, est tenu de restituer le prix du poisson par lui pêché; donc, elle ne reconnaît pas qu'il en soit devenu propriétaire, ou du moins, elle ne veut pas (ce qui revient finalement au même) qu'il en conserve le profit (comp. Pothier, *de la Propriété*, n° 54; Demante, t. II, n° 2 *bis*, 3).

La doctrine contraire est toutefois enseignée par Proudhon, qui se fonde uniquement sur l'article 42 de la loi du 15 avril 1829. Mais le savant auteur paraît avoir oublié l'article 5, qui, dans le cas par lui prévu, et qui seul est le nôtre, parle, non pas de la confiscation, mais de *la restitution* du prix du poisson (comp. *du Dom. privé*, t. I, n° 368).

30. — Il est clair d'ailleurs, dans tous les cas, que la pêche ne peut être une manière d'acquérir par occupation que lorsqu'elle s'exerce à l'égard des poissons *in laxitate naturali*, et qui n'ont pas encore été l'objet d'une occupation antérieure et toujours maintenue.

Les poissons des étangs, des lacs, des viviers, sont une propriété privée; et un tiers ne pourrait s'en emparer que par un véritable vol (comp. art. 564; Pothier, *de la Propriété*, n° 55; Duranton, t. IV, n° 203).

D. — *De l'invention.*

SOMMAIRE.

30 *bis*. — Ce que c'est que l'invention, et à quelles choses elle s'applique.
31. — Pour que l'invention se réalise et attribue la propriété, l'appréhension effective de la chose est-elle indispensable?

30 *bis*. — L'invention est une espèce d'occupation, par laquelle la propriété est acquise à celui qui trouve

une chose n'appartenant à personne, ou même, dans certains cas, une chose appartenant à quelqu'un, mais dont le maître est inconnu. A la différence de la chasse et de la pêche, qui s'appliquent aux choses animées, l'invention, au contraire, s'applique le plus ordinairement aux choses inanimées; et on pourrait ajouter qu'elle est généralement l'effet du hasard, quoiqu'elle puisse résulter aussi d'une poursuite et d'une recherche *ad hoc*.

L'invention se rapporte principalement à trois sortes de choses :

1° Au trésor;

2° Aux choses qui n'ont pas de maître, soit qu'elles n'aient jamais appartenu à personne, soit qu'elles aient été abandonnées *pro derelicto* par celui à qui elles appartenaient;

3° Aux choses perdues, aux épaves, en prenant ce mot dans son acception la plus large.

31. — L'invention étant une espèce d'occupation, ne peut, en conséquence, s'accomplir que par la prise de possession effective de la chose (*supra*, n° 19).

On a toutefois, depuis longtemps, demandé « s'il ne suffisait pas de l'avoir regardée avec le dessein de la ramasser et de se l'approprier, de manière que si deux personnes avaient aperçu en même temps une chose *nullius* dans ce dessein, elle dût leur appartenir en commun. »

Mais, Pothier, après avoir ainsi posé notre question, la décidait par la négative (*de la Propriété*, n° 63), et fort justement.

D'une part, en effet, l'occupation, c'est la possession; et la possession, c'est le fait! c'est l'appréhension corporelle! on objecterait en vain la loi I, § 21, au Digeste, *de adquirenda vel amittenda possessione*, qui porte : *non est necesse corpore et affectu apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu;* car il s'agit, dans cette loi, de la tradition, c'est-à-dire de la transmission de la posses-

sion par l'un à l'autre, laquelle peut s'opérer entre les parties d'accord, au moyen de certaines fictions, *videri mihi traditam ;* tandis que la possession originaire qui produit la propriété par l'occupation, exige régulièrement l'appréhension elle-même de la chose (*supra*, n° 19);

D'autre part, cette règle prévient les embarras et les difficultés qui seraient presque toujours inévitables, si la chose devait appartenir en commun à tous ceux qui prétendraient l'avoir aperçue en même temps, ou à celui-là seul, qui prétendrait l'avoir aperçue le premier.

Concluons donc que la chose n'appartient qu'à celui qui a été le plus diligent et qui a mis la main dessus.

Une exception toutefois doit être faite à l'égard du trésor (*infra*, n° 54).

I.

De l'invention appliquée au trésor.

SOMMAIRE.

42. — II. A qui appartient le trésor découvert? — Si c'est le propriétaire lui-même qui le découvre dans son propre fonds, il l'acquiert tout entier. — Mais à quel titre?

43. — Si le trésor est trouvé dans le fonds d'autrui, il appartient pour moitié à celui qui l'a découvert, et pour moitié au propriétaire du fonds. — Sur quel principe est basée cette répartition du trésor entre l'inventeur et le propriétaire.

44. — Quelle est le droit de la communauté conjugale, lorsque le trésor est trouvé par un tiers sur le fonds propre de l'un des époux?

45. — *Quid*, dans la même hypothèse, lorsque le trésor est trouvé par l'époux lui-même dans le fonds qui lui est propre?

46. — Le trésor d'ailleurs ne commence à appartenir, soit pour moitié, soit pour le tout, au propriétaire du fonds, que du jour où il a été découvert. — Importance de cette observation.

46 *bis*. — Le trésor trouvé dans un fonds, serait-il frappé des hypothèques qui grèveraient le fonds lui-même?

46 *ter*. — L'acheteur sous pacte de rachat d'un fonds dans lequel un trésor aurait été trouvé, pourrait-il après l'exercice du rachat, conserver la portion de trésor qu'il aurait acquise, *jure soli*, pendant qu'il en était propriétaire?

47. — Qui est-ce qui est propriétaire dans le sens de l'article 716? — *Quid*, de l'usufruitier, de l'usager, de celui qui a un droit de superficie ou d'emphythéose, du possesseur de bonne foi?

48. — *Quid*, de celui qui a acheté, pour le démolir et s'en approprier les matériaux, un mur ou un bâtiment, dans lequel un trésor était caché? — Ou de celui qui a acquis séparément un étage d'une maison?

49. — *Quid*, si celui qui a trouvé un trésor dans le fonds d'autrui, a cherché à se l'approprier tout entier, et à soustraire frauduleusement la moitié que la loi attribue au propriétaire?

50. — Qui est-ce qui est l'inventeur du trésor dans le sens de l'article 716? — *Quid*, d'un ouvrier employé par le propriétaire du fonds et qui y trouve un trésor?

51. — L'inventeur n'a droit à la moitié du trésor qu'autant qu'il l'a découvert par le pur effet du hasard. — Explication.

52. — Celui qui a fait indûment des travaux ou des fouilles dans le fonds d'autrui, mais sans avoir la pensée d'y chercher un trésor, aurait-il droit à la moitié du trésor qu'il aurait trouvé?

53. — Celui qui ayant le droit de faire, en son propre nom, des travaux et des fouilles dans le fonds d'autrui, en aurait pratiqué afin précisément de rechercher un trésor, aurait-il droit à la moitié du trésor par lui cherché et découvert?

54. — L'inventeur est celui qui le premier a rendu le trésor visible. — Conséquences.

55. — Quelle est, entre plusieurs ouvriers qui travaillaient ensemble sur un même point, celui qui doit être considéré comme l'inventeur du trésor qui aurait été découvert?

55 *bis*. — *Quid*, si le trésor avait été trouvé par un animal appartenant à un autre qu'au propriétaire du fonds?

32. — Qu'est-ce, en droit, qu'un trésor?

Et à qui le trésor découvert appartient-il ?

Voilà les deux points que nous avons ici à résoudre.

I. Le trésor, comme nous allons le voir, n'est pas précisément une chose *nullius;* et on aurait pu douter qu'il fût susceptible d'être acquis par le moyen de l'occupation. D'un autre côté, la découverte d'un trésor pouvait soulever des prétentions contraires entre l'inventeur et le propriétaire du fonds où le trésor avait été trouvé. Voilà pourquoi sans doute les législations antérieures, le droit romain et notre ancien droit français, s'en étaient spécialement occupés (comp. L. 31, § 1, ff. *de adq. rer. dom.;* Inst., *de rer. div.* § 39; L. *unic. cod. de Thesauris;* Pothier, *de la Propriété,* n[os] 64 et suiv.).

Et ces motifs expliquent aussi la disposition spéciale de notre Code sur ce sujet.

L'article 716 s'exprime en ces termes :

« La propriété d'un trésor appartient à celui qui le « trouve dans son propre fonds; si le trésor est trouvé « dans le fonds d'autrui, il appartient pour moitié à celui « qui l'a découvert, et pour l'autre moitié au propriétaire « du fonds.

« Le trésor est toute chose cachée ou enfouie, sur la« quelle personne ne peut justifier sa propriété, et qui « est découverte par le pur effet du hasard. »

Trois circonstances constituent, comme on voit, d'après cet article, ce que nous appelons, en droit, un trésor ; il faut :

1° Que la chose ait été cachée ou enfouie;

2° Que personne ne puisse justifier sa propriété sur cette chose ;

3° Qu'elle soit découverte par le pur effet du hasard.

33. — 1° D'abord, dit notre article 716, le trésor est *toute chose cachée ou enfouie;* et l'article, en se servant aussi de ces mots : *le trésor trouvé* DANS *son* propre fonds,.... DANS *le fonds d'autrui*, prouve de plus en plus

qu'il faut que la chose ait été découverte dans l'intérieur du fonds.

Si donc la chose était à la surface de la terre, ou plus généralement si elle était visible, comme une bourse, par exemple, ou un bijou, que celui auquel ils appartenaient, aurait laissé tomber, elle serait seulement une chose perdue; la règle du trésor n'y serait point applicable (*infra*, n° 70; comp. Delvincourt, t. II, p. 2, note 4; Proudhon, *du Dom. privé*, t. I, n° 392; Marcadé, art. 716, n° 2; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 101).

34. — N'y a-t-il trésor qu'autant que la chose était cachée dans un immeuble, dans un fonds de terre ou dans un bâtiment?

Ou bien, une chose cachée dans un meuble, par exemple, dans le tiroir secret d'un secrétaire ou d'une commode, constitue-t-elle aussi un trésor?

Pothier, en parlant du trésor, semble supposer toujours qu'il est *caché en terre, dans un champ ou dans une maison* (*de la Propriété*, n° 64). Et déjà, en droit romain, les jurisconsultes se référaient toujours à cette hypothèse d'une chose trouvée *in fundo, in solo* (comp. Inst. *de rer. div.*, § 39; L. XXXI, § 1, ff. *de adq. rer. dom.*)

Telle semblerait être également la pensée de notre article 716, lorsqu'il suppose que le trésor est trouvé *dans un fonds*, et qu'il est une chose *enfouie* (*voy.* aussi l'article 1 de la loi du 23 brumaire an II, et Proudhon, *du Dom. privé*, t. I, n° 397).

Nous ne croyons pas, néanmoins, que ces expressions aient été ici employées dans un sens restrictif.

Si, dans la première partie de l'article 716, le législateur s'est servi du mot *fonds*, c'est sans doute uniquement parce qu'il a eu en vue le cas le plus ordinaire, *id quod plerumque fit.*

D'ailleurs, dans la seconde partie, où il donne la définition même du trésor, l'article 716 se sert des mots *cachée* ou *enfouie*; or, le mot *enfouie* ne conviendrait qu'aux

choses placées dans la terre, et ne pourrait guère s'appliquer exactement aux choses placées dans des bâtiments; reste donc le mot *cachée*, qui convient aux meubles aussi bien qu'aux bâtiments.

Et comme finalement la raison de décider est la même dans tous les cas, nous considérerons comme trésor toute chose cachée, soit dans un immeuble, soit même dans un meuble (comp. Duranton, t. IV, n° 311; Marcadé, sur l'article 716, n° 2; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. II, p. 418; Massé et Vergé, t. II, p. 101).

35. — *Toute chose*, d'ailleurs, quelle qu'elle soit, dès qu'elle était cachée, constitue un trésor : pièces de monnaie, lingots, médailles, pierreries, bijoux, vaisselle, urnes, statues, etc., toutes les choses meubles enfin, *mobilia*, les meubles étant, bien entendu, seuls susceptibles d'être cachés (L. *unic.*, Cod. *de thesauris*).

Tel était aussi le sens général et vaste de la définition romaine : *Vetus quædam depositio pecuniæ* (L. 31, § 1, ff. *de adq. rer. dom.*); *pecunia*, terme générique, qui désigne toute matière précieuse, quelle qu'elle soit (comp. A. Thomas Latour, *de l'invention des trésors, Revue de législ.*, de M. Wolowski, 1852, t. II, p. 44).

36. — Ce qu'il faut aussi évidemment, c'est que la chose, qui forme le trésor, ait une individualité propre, et qu'elle ne se confonde point avec le meuble ou l'immeuble dans lequel elle serait trouvée; une mine d'or ou d'argent, par exemple, n'est pas évidemment un *trésor;* car elle constitue le sol lui-même; et le propriétaire du sol justifierait alors très-facilement sa propriété, en invoquant l'article 552. Ces mots : *cachée* ou *enfouie*, prouvent bien, d'ailleurs, que la chose qui constitue le trésor, doit avoir été placée dans le fonds par la main de l'homme.

Et même à ce point de vue, il se pourrait que certaines choses, originairement meubles, fussent devenues immeubles par accession et incorporation, de manière à ap-

partenir exclusivement au propriétaire du sol; tel serait, par exemple, le cas prévu par l'article 559, où des pierres, des bois, des matériaux quelconques, détachés d'un fonds, se seraient unis à un autre fonds, de manière à ne plus faire, avec lui, qu'un seul être. Ajoutez qu'alors on ne pourrait pas dire que ces choses auraient été *cachées* dans ce fonds (*voy.* notre t. X, n° 101).

37. — La question s'est élevée de savoir si l'on doit considérer comme un *trésor* les tombeaux antiques enfouis dans un champ, et les médailles ou autres objets précieux qui y auraient été déposés.

La négative est manifeste, à l'égard des tombeaux existant dans des lieux publics consacrés à la sépulture des morts, ou dans une propriété privée qui formerait la sépulture particulière d'une famille (comp. A. Thomas Latour, *Revue de législ.*, 1852, t. II, p. 53; Lyon, 19 févr. 1856, Dupont de Chavagneux, Dev., 1856, II, 307; Montpellier, 18 mai 1858, Coutizon, Dev., 1859, II, 533).

Mais doit-il en être ainsi, lorsque la découverte d'un tombeau a lieu dans un endroit qui n'est point consacré à cette destination?

Un arrêt de la Cour de Bordeaux a décidé affirmativement :

« Attendu que les choses cachées ou enfouies que le législateur a désignées sous le nom de trésor, ne peuvent être que celles qui ont une valeur commerciale, lorsque leur possesseur les cache ou les enfouit pour s'en assurer la conservation; que les tombeaux contenant des cadavres humains et enfouis dans les entrailles de la terre, peuvent d'autant moins être considérés comme un trésor caché, qu'ils sont, au contraire, uniquement destinés à soustraire à tous les regards les dépouilles mortelles qu'ils renferment; qu'il résulterait du système contraire qu'on pourrait ravir aux morts leur dernière enveloppe, et faire de leurs cercueils l'objet d'une spéculation commerciale,

ce qui ne répugne pas moins à la raison qu'à la morale de tous les peuples.... » (6 août 1806, Blancherot, Sirey, 1806, II, 175.)

On pourrait ajouter que ces tombeaux et les objets précieux qu'ils renferment, n'ont pas été placés dans le sol avec l'intention qui caractérise le dépôt qu'on appelle trésor, c'est-à-dire pour un temps, ni, suivant les expressions du jurisconsulte romain : *vel lucri causa*, *vel metus*, *vel custodiæ*.... (L. 31, § 1, ff. *de adq. rer. dom.*); c'était, au contraire, un dépôt confié au sol à perpétuelle demeure, et qui, loin de conserver son individualité distincte, devait au contraire s'identifier avec lui; de telle sorte que, à certains égards, le tombeau et ses accessoires étaient devenus, d'après la volonté des propriétaires qui l'y avaient placé, une dépendance de l'immeuble, et une sorte d'immeuble lui-même par destination (arg. des articles 524, 525). Ce point de vue semblerait surtout exact, si les tombes se trouvaient dans des caveaux construits en maçonnerie (art. 552; comp. D., *Rec. alph.*, v° *Propriété*, n° 16).

Ces considérations ne manquent pas de gravité sans doute; mais sont-elles décisives?

Il ne s'agit pas, bien entendu, dans la question proposée, du cas où les fouilles qui auraient eu lieu, constitueraient une violation de tombeau, dans les termes du Code pénal (art. 360).

Nous supposons que le propriétaire du sol pourrait s'approprier les objets ainsi trouvés et en disposer; or, si le propriétaire a ce droit, pourquoi l'inventeur ne l'aurait-il pas également pour la moitié que la loi lui attribue?

Il est évident aussi qu'il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait trésor, que la chose ait été cachée ou enfouie, dans l'origine, par le propriétaire pour un temps seulement et avec l'intention de la retirer ensuite. Les médailles commémoratives que l'on place en terre lors de la pose de la première pierre des monuments, ou encore

celles que les antiquaires aiment parfois aussi à confier au sol, ces médailles y sont placées *in perpetuum;* et elles n'en seront pas moins, certes, des trésors pour ceux qui, dans l'avenir, les découvriront.

38. — 2° Il faut, en second lieu, pour qu'il y ait *trésor*, que personne ne puisse justifier sa propriété sur la chose qui était cachée; car, si on peut savoir par qui elle a été cachée ou oubliée, cette chose ne peut plus être considérée comme *res nullius;* elle n'est point un *trésor*, dans le sens technique de ce mot, quoique les jurisconsultes romains l'emploient improprement quelquefois aussi dans cette acception (*voy.* L. 15, ff. *ad exhib.*; l. 6, ff. *de rei vindic.*); et elle ne peut être acquise ni par l'inventeur, ni par le propriétaire de la chose dans laquelle elle a été trouvée. Nous avons même remarqué plus haut (n° 32), que le trésor, lors même que la propriété n'en est justifiée par personne, n'est pas véritablement chose *nullius*, puisqu'après tout, il appartient à quelqu'un et qu'il n'est nullement vraisemblable qu'il ait été abandonné *pro derelicto;* et si on admet alors l'occupation comme mode d'acquérir, c'est que le maître étant inconnu, est réputé ne pas exister : *ab ignotis dominis...; ut jam dominum non habeat* (L. *unic.*, Cod. *de thesaur.*; L. 31, § 1, ff. *de adq. rer. dom.*). Mais c'est là une disposition spéciale; car nous verrons bientôt que l'inventeur d'une chose perdue n'en devient pas immédiatement propriétaire, quoique le maître de la chose soit ignoré (*infra,* n° 72); et dès lors c'est bien le moins que lorsque le maître de la chose découverte prouve sa propriété, cette chose doive lui être rendue tout entière.

38 *bis*. — La loi n'exige pas, d'ailleurs, que ce soit au moment même de la découverte, que le maître de la chose trouvée justifie sa propriété; il pourrait donc la réclamer ensuite, et pendant le délai ordinaire de trente ans (art. 2262). En vain le propriétaire et l'inventeur prétendraient-ils que l'article 716 leur en a attribué la

propriété, parce qu'au moment de la découverte, nul n'aurait justifié sa propriété; la réponse est que cette attribution était conditionnelle et subordonnée au cas où personne ne pourrait justifier sa propriété, justification à laquelle la loi n'assigne aucun délai, sous peine de déchéance.

39. — La seule question, ici, est de savoir de quelle manière peut être faite la justification de propriété, de la part de celui qui réclame la chose.

Et cette question elle-même est très-simple.

On reconnaît, en effet, généralement que cette justification peut être faite par tous les moyens, et que la preuve testimoniale, et par conséquent aussi les présomptions sont admissibles; car ces moyens de preuve sont reçus toutes les fois qu'il n'a pas été possible au demandeur de se procurer une preuve littérale (art. 1348, 1353). Or, telle est assurément la position de celui qui a caché un trésor, et surtout de ses héritiers ou successeurs, si leur auteur, comme c'est l'ordinaire, ne leur a point confié le secret de sa cachette. Et encore, avec ces moyens de preuve, faut-il remarquer que c'est là une dangereuse défiance! car, si celui qui a caché la chose sans en rien dire à personne, vient à mourir avant de la retirer, la chose va rester là ignorée de tous; et voilà en effet comment se font, le plus souvent, les *trésors!* (comp. Riom, 26 févr. 1810, Pinet, Sirey, 1814, II, 102; Bruxelles, 15 avril 1823, Lambert, Dev. et Car., *Collect. nouv.*, 7, II, 190; Amiens, 19 janv. 1826, Rey, Sirey, 1827, II, 161; Bordeaux, 22 févr. 1827, Mimaud, D., 1827, II, 104; Pothier, *de la Propriété*, n° 66; Toullier, t. IV, n° 36, et t. VII, n°s 21 et suiv.; Duranton, t. IV, n° 311).

Au reste, il n'est pas absolument nécessaire que celui qui justifie de la propriété du trésor, ait pu désigner le lieu où il a été trouvé; lors même qu'il ne se le rappellerait plus, ou qu'il ne l'aurait jamais su (si c'était son

auteur qui l'eût caché), il suffit que sa propriété soit justifiée (d'Expilly, 37[e] plaidoyer; Thomas Latour, *loc. supra cit.*, p. 54).

40. — C'est donc là une question de fait dont les magistrats sont les souverains appréciateurs, d'après les circonstances de chaque espèce.

Toutefois, il est une opinion, d'après laquelle il suffirait que la chose cachée fût de création récente, pour que l'on dût, en principe, lui refuser le caractère de trésor, et pour qu'elle appartînt, en conséquence, tout entière au propriétaire de la chose qui la renfermait, ou du moins pour qu'elle fût considérée non pas comme un *trésor*, mais comme une *chose perdue*, à laquelle il faudrait appliquer non pas l'article 716, mais l'article 717 (comp. Orléans, 6 sept. 1853, Fouchard, Dev., 1856, II, 54).

Voilà, par exemple, que Primus trouve dans le fonds ou dans l'armoire de Secundus, un dépôt de pièces de monnaie moderne et d'un type récent.

Eh bien! d'après cette doctrine, ce dépôt ne serait point un trésor; et il y aurait *de plano* une présomption de propriété en faveur de Secundus : « Attendu qu'en droit, dit la Cour de Bordeaux, le trésor dont parle l'article 716, consiste en une chose dont la propriété ne peut être justifiée, *parce qu'il ne peut rester de traces dans la mémoire des hommes, soit de la personne qui a caché la chose découverte, soit de l'occasion qui a rendu le dépôt nécessaire.....* » (comp. Bordeaux, 22 février 1827, Mimaud, D., 1827, II, 104; Pothier, *de la Propriété*, n° 66; Toullier, t. IV, n° 36; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 102).

Cette doctrine est, à certains égards, exacte; mais elle nous paraît avoir été généralement formulée en des termes trop absolus.

Il est vrai que le droit romain avait fait de l'ancienneté de la chose et des circonstances dans lesquelles elle aurait

été cachée, une condition légale du trésor : *vetus quædam depositio pecuniæ, cujus memoria non extat.; tempore vetustiore* (L. 31, § 1, ff. *de adq. rer. dom.*; L. *unic.*, Cod. *de thesaur.*). Et la vérité est aussi que, aujourd'hui même encore, le mot trésor éveille toujours plus ou moins, cette idée d'une époque reculée et d'une origine ancienne et obscure.

Mais pourtant nous remarquerons qu'en droit, notre article 716 n'a pas reproduit cette condition, et que par conséquent, toute chose cachée sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété, constitue aujourd'hui un trésor, lors même qu'elle serait d'origine récente, et par exemple, lors même qu'il s'agirait de monnaies au type actuel. Nous nous empressons d'ajouter, sans doute, qu'en fait cette circonstance devra être prise en grande considération, sur la question de justification de propriété; et il arrivera, en pareil cas, le plus souvent, que la chose trouvée sera déclarée appartenir au propriétaire de la chose dans laquelle elle était cachée; comme, par exemple, si on trouvait des pièces de monnaies récentes dans le tiroir secret d'un meuble vendu après le décès du propriétaire, et s'il était établi que ce propriétaire a acheté ce meuble tout neuf. Cette présomption serait de plus en plus grave, si des calamités récentes, une invasion étrangère ou des troubles civils, pouvaient aussi expliquer ce dépôt caché. Mais enfin, ce ne serait là qu'une présomption de fait, que les différentes circonstances de l'espèce pourraient, suivant les cas, affaiblir ou fortifier; ce ne serait pas une présomption de droit, par laquelle les juges fussent nécessairement liés (comp. Proudhon, *du Dom. privé*, t. I, n° 398; Duranton, t. IV, n° 311).

41. — 3° Enfin, il faut, comme troisième condition, pour qu'il y ait trésor, d'après l'article 716, que la chose soit découverte par le pur effet du hasard.

Cette disposition a pour but d'empêcher que des chercheurs de trésor violent le droit de propriété; et nous

verrons bientôt que celui qui, dans le dessein de trouver un trésor, se serait permis de faire des fouilles ou des recherches dans la chose d'autrui, n'aurait aucun droit à ce qu'il aurait pu trouver (*infra*, n° 51).

Ce motif même démontre, d'ailleurs, que ce n'est point là une condition absolue du caractère légal constitutif du trésor, mais seulement une condition relative à l'inventeur; la chose que le propriétaire lui-même trouverait dans son fonds, après des fouilles pratiquées tout exprès pour la découvrir, n'en serait pas moins certainement un trésor, si c'était une chose cachée ou enfouie, sur laquelle personne ne pourrait justifier sa propriété.

Aussi les lois romaines n'avaient-elles pas rattaché cette circonstance à la définition même du trésor; et elles ne la mentionnaient (*non data ad hoc opera,... non studio perscrutandi*) que pour déterminer le droit de l'inventeur étranger (comp. L. 31, § 1, ff. *de adq. rer. dom.;* Inst., § 39, *de rer. div.*; L. unic., C. *de thesaur.*; *voy.* aussi Pothier, *de la Propriété*, n° 65).

C'est sans doute parce que l'article 716 venait, dans sa première partie, de régler le droit de l'inventeur, qu'il aura, sous l'influence de cette idée, ajouté, dans sa seconde partie, à la définition du trésor, cette condition uniquement relative, en effet, à l'inventeur. Nous allons voir, toutefois, que cette confusion est regrettable et qu'elle pourrait faire naître des difficultés sur ce point (*infra*, n° 52).

42. — II. Voilà ce que c'est qu'un trésor.

Et maintenant, à qui le trésor appartient-il?

Si c'est le propriétaire lui-même qui le trouve dans son propre fonds, il lui appartient tout entier (art. 716, 1er alinéa); et, bien entendu, le propriétaire est parfaitement libre de fouiller dans son fonds tout exprès pour y chercher des trésors; *liberam tribuimus facultatem*, disait l'empereur Léon, qui, toutefois, lui défendait d'employer la magie : *sceleratis sacrificiis, aut alia qualibet arte legibus*

odiosa (L. unic. *de thesaur.*). Nos anciens auteurs nous apprennent aussi qu'autrefois en France, *le trésor trouvé par art magique appartient tout entier au roi ou au seigneur haut justicier* (Ferrières, *Dict. de droit et de pratique*, v° *Trésor*, n° 1; Rousseau de La Combe, *Jurisprud. civ.*, p. 243). Mais aujourd'hui nous laissons même, sur ce point, toute liberté à *l'art magique!* et, de quelque manière que le propriétaire le découvre, tout le trésor est à lui.

Mais à quel titre? Est-ce comme inventeur? est-ce comme propriétaire? Il importe peu, dira-t-on, puisque, finalement, il l'a tout entier. La question n'en a pas moins pourtant de l'intérêt; car, suivant qu'il acquerra le trésor, en tout ou en partie, soit *jure inventionis*, soit *jure soli*, le règlement de ses rapports avec la communauté conjugale, sous laquelle il serait marié, pourrait être, à cet égard, différent. C'est ce que nous expliquerons tout à l'heure (*infra*, nos 44 et 45).

43. — Si le trésor est trouvé dans le fonds d'autrui, il appartient pour moitié à celui qui l'a découvert, et, pour l'autre moitié, au propriétaire du fonds (art. 716, 2e alinéa).

Et, par conséquent, si le fonds appartient à une commune ou à l'État, c'est à la commune ou à l'État que revient la moitié qui est attribuée au propriétaire (*voy.* Inst., *de rer. div.*, § 39; Angers, 22 mai 1849, Lecomte, Dev., 1849, II, 375). Il en serait de même du trésor trouvé dans une église paroissiale ou dans un cimetière; quelques-uns voulaient autrefois que le trésor, dans ce cas, appartînt tout entier à l'église (Lebret, *Quest. notables*, liv. V; Béraud, *des Fiefs*, art. 212). Mais nous croyons, avec M. Thomas Latour (*loc. supra*), qu'ils suivaient plutôt, en cela, leur ferveur religieuse que le droit et l'équité (*voy.* aussi *Revue de législ.*, 1853, t. I, p. 296 et suiv.).

L'attribution que la loi fait ici de la moitié du trésor à l'inventeur, est très-facile à justifier. Le trésor, en

effet, n'est pas un fruit du fonds (*voy.* art. 598); pas plus qu'il n'en est un produit extraordinaire ou une partie intégrante ou accessoire; il a toujours été ce qu'il est, à savoir : une chose qui conservait son individualité mobilière dans le fonds où elle était simplement cachée. Et comme cette chose est réputée n'avoir pas de maître, *ut jam dominum non habeat*, il est tout simple qu'elle soit acquise, par droit d'occupation, à celui qui la trouve : *Fit enim ejus qui invenit quod non alterius sit*, disait Paul (L. 31, § 1, ff. *de acq. rer. dom.*).

Mais avec ce raisonnement, pourra-t-on dire, ce n'est pas seulement la moitié, c'est la totalité qu'il faudrait attribuer à l'inventeur! Pourquoi, en effet, l'inventeur d'un trésor n'en deviendrait-il pas propriétaire, comme le chasseur devient propriétaire du gibier qu'il tue même sur le fonds d'autrui?

Cette observation ne manque pas, certainement, de gravité; et de fort bons esprits ont, en effet, pensé que la loi aurait dû le décider ainsi (comp. Duvergier, sur Toullier, t. III, n° 34, note *a*).

Pourtant, nous voyons qu'à toutes les époques, les lois ont attribué une certaine part du trésor au propriétaire.

En droit romain, cette part, fixée d'abord à la moitié par Adrien, réduite ensuite au quart par Gratien, Théodose et Valentinien (L. 2, C. Theod. *de thesaur.*), fut de nouveau fixée à la moitié par Léon, dont Justinien adopta la constitution sur ce point (comp. L. unic., Cod. *de thesaur.*; Inst., § 39, *de rer. div.*).

Cette décision était autrefois suivie, en France, dans les pays de droit écrit.

Quant aux pays de coutume, le trésor y était divisé en trois parts, dont l'une appartenait au seigneur haut justicier dans le territoire duquel il avait été trouvé, ou au roi, s'il était trouvé dans un lieu soumis à la juridiction royale; et les deux autres parts étaient attribuées à l'in-

venteur et au propriétaire du fonds (Pothier, *de la Propriété*, n° 64; comp. A. Thomas Latour, *de l'Invention des trésors*, Revue de M. Wolowski, 1852, t. II, p. 49-51; et 1853, t. I, p. 277-290).

Les rédacteurs du Code Napoléon ont consacré ces traditions; et, conformément à la décision d'Adrien, ils ont fait le partage par moitié du trésor entre l'inventeur et le propriétaire.

On peut fonder sur un double motif cette attribution de la moitié du trésor au propriétaire :

D'abord, il se peut que cette chose ait été cachée dans le fonds par les anciens propriétaires, par les auteurs du propriétaire actuel, *quod a majoribus suis profectus sit;* car on ne cache pas ordinairement dans le fonds d'autrui (Vinnius, Inst., § 39, *de rer. div.*); et quoiqu'il n'en apporte aucune preuve, c'est là du moins une possibilité, dont on a voulu lui tenir compte.

Ensuite, c'est le fonds, après tout, qui a gardé et conservé ce trésor; et comme il aurait été bien dur pour le propriétaire de le voir attribuer tout entier à un étranger, on a considéré qu'il y avait là aussi une sorte d'avantage du fonds lui-même, *fundi beneficium;* et on en est venu à dire que le propriétaire acquérait, à certains égards, cette portion, *jure accessionis.*

Voilà les raisons, telles quelles, sur lesquelles a pu être fondée la distraction de cette moitié au profit du propriétaire.

44. — C'est dans cette appréciation des causes sur lesquelles est fondée l'attribution de la moitié du trésor au propriétaire, que se trouve la solution d'une difficulté depuis longtemps agitée, à savoir : quel est le droit de la communauté conjugale, lorsqu'un trésor est trouvé sur le fonds propre de l'un des époux, soit par un tiers, soit par l'époux lui-même.

A. — Et d'abord, lorsque le trésor est trouvé par un tiers, la moitié qui revient à l'époux comme propriétaire

du fonds, tombe-t-elle sans récompense dans la communauté, ou lui demeure-t-elle propre?

Une opinion très-accréditée enseigne qu'elle doit demeurer propre à l'époux.

On raisonne ainsi :

1° Le trésor n'est pas un fruit, ni naturel, ni industriel, ni civil; et la preuve en est que l'usufruitier n'y a pas droit (art. 598; L. 7, § 12, ff. *solut. matrim.*). Donc, la communauté ne peut pas le réclamer comme fruit, d'après l'article 1401, n° 2.

2° Peut-elle le réclamer comme chose mobilière, échue à l'un des époux, aux termes du même article 1401, n° 1? Pas davantage; car c'est un principe incontestable, en cette matière, que la communauté n'acquiert pas les meubles qui proviennent des immeubles propres des conjoints sans en être un fruit; or, il résulte de l'article 716, que la moitié du trésor est attribuée au propriétaire *jure soli*, à titre d'accession de son droit immobilier; donc, cette moitié doit lui rester propre comme l'immeuble lui-même, auquel elle se rattache.

3° Telle était, en effet, la doctrine de Pothier (*de la Communauté*, n° 98); et c'est en ce sens aussi que Chopin allait même jusqu'à dire que : « l'argent caché de temps immémorial dans un lieu, est réputé immobilier. » (Sur Paris, lib. I, tit. I, n° 30; comp. Delvincourt, t. III, p. 10, note 1; Duranton, t. IV, n° 313, et t. XIV, n° 133; Demante, *Thémis*, t. VIII, p. 181; Glandaz, *Encycl. du dr.*, v° *Comm. conjug.*, n° 47; Zachariæ, Aubry et Rau, t. III, p. 413; Marcadé sur l'article 716, n° 1.)

Cette solution toutefois ne nous paraît pas admissible :

1° D'abord, nous ferons remarquer que la doctrine qui précède, était loin d'avoir prévalu dans l'ancien droit; et à l'autorité, si considérable assurément toujours, de Pothier, nous pouvons opposer plusieurs témoignages également très-recommandables. C'est ainsi que Duplessis et ses annotateurs, Berroyer et de Laurière, écri-

vaient que : « .... y ayant communauté entre les conjoints, et tous les meubles y entrant de plein droit, de quelque part qu'ils puissent venir à la femme pendant le mariage, il semble que le trésor, qui est un meuble, doit entrer en communauté ; on appelle un trésor trouvé *donum Dei* ; et comme tout ce qui est donné de meubles à la femme, entre en communauté, il suit que le trésor y doit pareillement entrer.... » (*Traité de la Commun.*, chap. II, 3°.) Telle était aussi la doctrine de d'Argentré (sur la Cout. de Bretagne, article 53, note 2, n° 8), et de Lebrun (dans son *Traité de la Communauté*, liv. I, chap. V, section II, dist. 2, n° 22).

2° Cette doctrine nous paraît, en effet, la seule véritablement conforme aux principes. Que la communauté ne puisse pas réclamer comme un fruit, la moitié du trésor trouvé dans le fonds propre de l'un des époux, cela est incontestable ; car le trésor n'est pas un fruit. Mais certainement le trésor est un meuble ; or, tous les meubles qui adviennent aux époux pendant le mariage, tombent dans la communauté (art. 1401, 1°). On objecte que cette règle ne s'applique pas aux meubles qui proviennent d'un immeuble propre du conjoint, sans en être un fruit ; c'est-à-dire que l'on prétend assimiler le trésor aux mines, aux carrières, aux futaies non aménagées, etc. ; mais il est manifeste que cette assimilation n'est pas possible. Pourquoi les substances extraites des mines, des carrières, pourquoi les bois des futaies non aménagées, ou les matériaux d'un bâtiment démoli sur un immeuble propre de l'un des époux, ne tombent-ils pas dans la communauté ? c'est parce que l'immeuble lui-même n'y tombant pas, les portions intégrantes et constitutives, qui sont détachées de cet immeuble, n'y doivent pas dès lors tomber non plus ; c'est enfin pour que la communauté ne s'enrichisse pas aux dépens des immeubles personnels des conjoints ; or, à la différence des substances minérales, ou des pierres, etc., qui con-

stituent les entrailles mêmes du sol, le trésor n'est pas du tout une portion intégrante détachée de l'immeuble propre du conjoint; il n'est et n'a toujours été qu'un meuble, que l'immeuble recélait sans doute, mais qui n'y était nullement identifié; c'est *donum fortunæ*, *Dei beneficium*, comme disait l'empereur Léon (L. unic., Cod. *de thesauris*); et le propre de l'époux, dans lequel il a été trouvé, n'en est nullement appauvri; il vaut après ce qu'il valait avant; donc, l'objection avec laquelle on voudrait enlever à la communauté ce meuble, n'est d'aucune valeur.

3° Enfin, les articles du Code Napoléon ont-ils méconnu ces principes? Tout au contraire! il est très-remarquable que l'article 1403, qui se réfère à l'article 598, pour décider que la communauté n'acquiert pas les coupes de bois non aménagées, et les produits des carrières et des mines qui ont été ouvertes pendant le mariage; que l'article 1403, disons-nous, ne dit rien de pareil du trésor, dont pourtant l'article 598 s'était également occupé; d'où il résulte que notre législateur n'a pas confondu, en effet, le trésor avec les produits des mines et des carrières.

Et quant à l'article 716, dont la doctrine contraire a beaucoup argumenté, il nous paraît certain que cette doctrine le détourne de son véritable et seul but. Quel est le but déterminé de l'article 716? c'est uniquement de régler les droits respectifs de l'inventeur et du propriétaire; c'est de faire, entre l'un et l'autre, la répartition par moitié du trésor. Après cela, et cette répartition une fois faite, que deviendra pour chacun d'eux, la moitié qui lui est attribuée? que deviendra-t-elle, dis-je, eu égard aux autres relations, dans lesquelles chacun d'eux, soit l'inventeur, soit le propriétaire, pourrait se trouver engagé? l'article 716 ne s'en occupe en aucune manière; et il n'avait effectivement pas à s'en occuper; c'est d'après les principes généraux du droit, qui gouvernent ces autres relations, que cette question nouvelle et toute différente

devait être réglée. Or, nous venons de prouver que d'après les principes qui gouvernent la communauté conjugale, la moitié du trésor qui revient à l'époux comme propriétaire, doit tomber dans l'actif de la communauté (comp. Merlin, *Rép.*, v° *Commun. de biens*, § 2, n° 4, 1°; Bugnet sur Pothier, t. VII, p. 93, note 2 ; Pont et Rodière, *du Contrat de mariage*, t. I, n° 367; Odier, t. I, n° 86; Mourlon, t. II, p. 17; Troplong, *du Contr. de mar.*, t. I, n° 417).

45. — B. Supposons maintenant que le trésor soit trouvé sur un fonds propre de l'un des époux par cet époux lui-même, ou par un tiers qui, l'ayant cherché à dessein, serait ainsi privé de tout droit au résultat de ses recherches (art. 716).

Trois opinions se sont produites :

I. Il en est une, d'après laquelle la totalité du trésor devrait, dans ces deux cas, demeurer propre à l'époux : cette opinion invoque l'article 552, qui porte que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et *du dessous ;* et elle prétend que *c'est en conséquence de ce principe que l'article* 716 (1er alinéa) dit que *la propriété d'un trésor appartient à celui qui le trouve dans son propre fonds* (comp. Toullier, t. XII, nos 129 et suiv.; Marcadé, art. 716, n° 2; Battur, t. I, n° 161 ; Bellot des Minières, t. I, p. 151 ; Taulier, t. V, p. 53).

II. Mais il est clair que si l'article 552 était ici applicable, ce n'est pas seulement la moitié du trésor qu'il faudrait attribuer au propriétaire, dans le cas même où le trésor est trouvé dans son fonds par un tiers *fortuito casu ;* c'est la totalité qui devrait, dans tous les cas, appartenir au propriétaire du fonds. Sur quoi repose donc la première partie de l'article 716? sur une raison toute simple, à savoir : que le propriétaire, réunissant dans sa personne les deux causes d'acquisition du trésor, et celle d'inventeur, et celle de propriétaire, doit, en conséquence, l'acquérir à lui seul tout entier. Mais est-ce à dire qu'il l'acquière dans ce cas, plutôt comme propriétaire que

comme inventeur? nullement! et la vérité est qu'il n'y a aucun motif pour que l'une de ces qualités l'emporte alors sur l'autre; car, à ceux qui voudraient faire prévaloir la qualité de propriétaire, pourquoi ne répondrait-on pas que c'est, au contraire, la qualité d'inventeur qui doit l'emporter? Et de là est née la seconde opinion, d'après laquelle ces deux qualités, en effet, concourent dans la personne du propriétaire qui a lui-même trouvé le trésor; et cette opinion en déduit tout naturellement la conséquence qu'elles doivent se décomposer, dans les relations de l'époux avec la communauté conjugale, de manière à laisser propre à l'époux la moitié qui lui appartient comme propriétaire, et à attribuer à la communauté la moitié qui lui appartient comme inventeur (comp. Delvincourt, Duranton, Demante, Zachariæ, *supra*, n° 44).

III. Pour notre part, nous croyons aussi que, dans le cas où c'est le propriétaire lui-même qui trouve le trésor dans son fonds, les deux qualités concourent dans sa personne; mais, à notre point de vue, cela importe peu pour la solution de la question proposée; car, puisque nous attribuons à la communauté la moitié qui revient, *jure soli*, à l'époux dans le trésor trouvé sur son fonds par un tiers, il est évident que nous attribuerons également, dans tous les cas, à la communauté, la totalité du trésor qu'il aurait trouvé lui-même sur son fonds; dans tous les cas, disons-nous, c'est-à-dire, d'après l'opinion même, qui prétend qu'il l'acquiert alors en totalité, *jure soli*, en sa seule qualité de propriétaire (comp. Merlin, Bugnet, Pont et Rodière, et autres citations *supra*, n° 44).

46. — Remarquons bien d'ailleurs que le trésor ne commence à appartenir, soit pour moitié, soit pour le tout, au propriétaire du fonds, que du jour où il a été découvert.

Supposez, par exemple, qu'après la dissolution de la communauté qui existait entre lui et sa femme, un trésor soit découvert dans un fonds qui était propre à Primus.

La femme ou ses héritiers seraient-ils fondés à prétendre qu'ils doivent partager, avec Primus, ce qui lui revient de ce trésor, par le motif qu'il existait pendant la durée de la communauté; qu'il était, en effet, distinct du fonds, où il était caché; qu'en cet état, il appartenait à Primus, quoique à son insu; et que, par conséquent, il est tombé dans la communauté, aux termes de l'article 1401 ?

Non ! car cette valeur latente et perdue était considérée comme n'existant pas; et il résulte de notre article 716 qu'elle est acquise au propriétaire, comme à l'inventeur, *ut ex tunc*, du jour seulement de la découverte.

Et c'est la même idée qu'exprimait fort justement le jurisconsulte Paul, en ces termes : « Is enim qui nescit « thesaurum, in fundo esse, non possidet thesaurum, « quamvis fundum possideat.... » (L. 3, § 3, ff. *de adquir., possess.*; comp. Proudhon, *du Dom. privé*, t. I, n° 394).

C'est par suite du même principe que le trésor, trouvé par l'acheteur dans un fonds vendu, lui appartient, sans aucune augmentation de prix et sans aucune action en rescision pour cause de lésion au profit du vendeur; et cela, quelle que soit la valeur de la chose trouvée, et lors même qu'elle aurait été découverte presque immédiatement après la vente. Cette proposition serait vraie de la découverte d'une mine, qui forme pourtant une partie intégrante et la substance même du fonds (*voy.* notre tome IX, n° 645); à plus forte raison, doit-il en être ainsi du trésor, qui n'est qu'une chose mobilière !

46 *bis*. — C'est pour cela aussi, c'est parce que le trésor n'est qu'une chose mobilière, qui n'a jamais été une portion du fonds, qu'il ne serait point frappé de l'hypothèque qui grèverait le fonds lui-même, et que les créanciers hypothécaires ne seraient pas, suivant nous, fondés à demander que le prix leur en fût attribué par préférence aux créanciers chirographaires (comp. Proudhon, *du Dom. privé*, t. I, n° 404).

46 *ter*. — Mais le trésor trouvé par l'acquéreur à pacte de réméré, devrait-il continuer de lui appartenir après l'exercice du réméré par le vendeur?

Ou, au contraire, l'acquéreur serait-il tenu de le restituer au vendeur?

Ceci peut paraître plus délicat.

Pothier, dans notre ancien droit, laissait à l'acquéreur la portion du trésor qu'il avait acquise *jure soli;* et cela n'avait rien d'étonnant, d'après sa doctrine, puisque nous avons vu qu'il laissait à l'acquéreur, après le rachat exercé, même les terrains d'alluvion! (*voy.* notre tome X, n° 96). Telle était aussi, dans l'ancien droit, la décision de d'Argentré (sur l'article 51 de la Cout. de Bretagne) et de Ferrières (dans son *Diction.*, v° *Trésor*). Et la même solution a été encore, dans le droit nouveau, enseignée, quant au trésor, par Proudhon (*du Dom. privé*, t. I, n° 401; ajout. A. Thomas Latour, *de l'Invention des trésors, Revue de législ.* de M. Wolowski, 1853, t. I, p. 292).

Ne serait-il pas pourtant plus vrai de dire que la vente étant résolue, l'acquéreur doit restituer la chose et tout ce qu'il a retiré, moins seulement les fruits, à l'occasion de la chose, en vertu d'un droit de propriété, qui est réputé maintenant, *in præteritum,* n'avoir pas existé; or, c'est en vertu de ce droit de propriété, *jure soli*, qu'il avait acquis le trésor. Nous reviendrons, au reste, sur ce point (comp. Duranton, t. XVI, n° 425; Duvergier, *de la Vente*, n° 55; Troplong, n°s 767 et 816; Marcadé, sur l'article 1673, n° 2).

47. — Qu'est-ce qui est propriétaire dans le sens de l'article 716?

Qu'est-ce qui est inventeur?

Ce sont là les deux points qui nous restent à résoudre.

A. L'article 716 accorde la moitié du trésor ou le trésor tout entier, suivant les cas, *au propriétaire du fonds;*

or, ce mot *propriétaire* désigne celui qui a le *plenum dominium*, tel qu'il est défini par l'article 544; et il résulte manifestement de l'article 598, qui dispose que l'usufruitier n'a aucun droit au trésor, *jure soli*, que telle est, en effet, dans notre article 716, l'acception du mot *propriétaire*.

D'où il faut conclure qu'aucun droit au trésor n'est attribué, *jure soli*, à titre de propriétaire :

A l'usufruitier, fût-il même universel (*voy.* notre tome X, nos 258 *bis* et 271 *bis*);

Ni à l'usager (comp. Proudhon, *des Droits d'usage*, t. I, n° 147);

Ni à celui qui a sur le fonds un simple droit de superficie ou d'emphytéose (comp. Proudhon, t. I, n° 380; Duranton, t. IV, n° 314);

Ni au possesseur de bonne foi, qui, une fois évincé, devrait, suivant nous, restituer au propriétaire ce qu'il aurait reçu, *interim*, du trésor, *jure soli* (comp. notre tome IX, n° 622).

48. — Nous ne croirions pas non plus que l'on pût considérer comme *propriétaire du fonds*, celui qui aurait acheté, pour le démolir et s'en approprier les matériaux, un mur ou un bâtiment, dans lequel un trésor était caché; car la vérité est qu'il n'a acquis la propriété d'aucune partie du fonds, et que l'objet de son droit, à savoir : les matériaux à provenir de la démolition, est purement mobilier; or, le trésor ne saurait certainement être considéré comme une partie des matériaux, qui seuls ont été vendus (comp. notre tome IX, n° 160; Paris, 26 déc. 1825, Rousseau, D., 1826, II, 235).

Ce motif même démontre qu'il en serait autrement dans le cas où le bâtiment aurait été aliéné séparément du sol pour constituer désormais une propriété immobilière séparée et distincte, ou encore au cas où les différents étages d'une maison appartiendraient à plusieurs propriétaires (art. 553 et 664); chacun alors étant pro-

priétaire de son immeuble, celui-ci du sol, celui-là du bâtiment ou de son étage, le trésor appartiendrait à celui dans le fonds duquel, sol, bâtiment ou étage, il aurait été découvert (comp. Demante, t. II, n° 12 *bis*, III; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 102).

49. — Puisque la moitié du trésor trouvé par un tiers dans un fonds appartient au propriétaire de ce fonds, la conséquence en est que l'inventeur, qui la lui aurait frauduleusement soustraite, pourrait être déclaré coupable de vol (art. 379, Code pén.; comp. Rouen, 12 fév. 1825, Chevalier, D., 1827, II, 56; Cass., 18 mai 1827, Vadrot, D., 1827, I, 244; Hervé, *des Matières féodales et censuelles*, t. IV).

Mais on ne serait pas pour cela autorisé à lui enlever la moitié qui lui appartient, en prétendant que, puisque la loi prive de tout droit au trésor, celui qui n'aurait commis d'autre faute que de le chercher à dessein dans le fonds d'autrui, sans avoir d'ailleurs essayé de cacher sa découverte au propriétaire, *a fortiori* doit-on en priver celui qui a voulu commettre un véritable vol du trésor. Il est vrai que dans sa Novelle 51, l'empereur Léon privait de tout droit au trésor, l'inventeur qui avait caché sa découverte; telle paraît avoir été aussi la jurisprudence des anciens parlements des pays de droit écrit (Toulouse, 9 juillet 1697; Serres, *Inst. au droit français*, liv. II, tit. I, § 39; Boutaric, *des Droits seigneuriaux*, p. 18). Mais aucun texte de notre droit moderne ne prononce cette déchéance; nous convenons que le législateur a décrété, dans certains cas, des pénalités de ce genre (*voy*. art. 792, 801, 1477); mais ces dispositions rigoureuses ne doivent pas être étendues; et un texte serait nécessaire aussi dans notre hypothèse pour déclarer déchu de sa moitié dans le trésor, l'inventeur qui a voulu s'approprier la totalité (comp. Rouen, 3 janv. 1853, Beaurain-Decorde, Dev., 1853, II, 335; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 102).

50. — B. Celui-là est l'inventeur qui a découvert le trésor.

Pas de difficulté, si la découverte a été faite dans le fonds d'autrui par une personne qui y pratiquait des travaux quelconques en son nom et pour son compte personnel, tel qu'un usufruitier, un emphytéote, un fermier, un possesseur de bonne foi ou même de mauvaise foi (*infra*, n° 52).

Mais des doutes peuvent s'élever dans le cas où celui qui a découvert le trésor, ne travaillait dans le fonds que par l'ordre du propriétaire, comme, par exemple, le maçon, le charpentier, le garçon de ferme ou le domestique, employés et gagés par celui-ci.

Ne pourrait-on pas prétendre alors que c'est le propriétaire lui-même qui est l'inventeur, puisque l'ouvrier ne faisait que lui prêter ses bras, qu'il n'était que son mandataire, et que le propriétaire doit conséquemment, en sa qualité de mandant, profiter de tous les résultats du travail de son préposé? (Arg. de l'article 1993.)

Ceci toutefois serait trop absolu; et une distinction doit être faite :

Ou le propriétaire a employé l'ouvrier à chercher un trésor, dont il soupçonnait l'existence dans son fonds;

Ou il l'a employé à tout autre travail, qui n'avait pas pour but cette découverte.

Dans le premier cas, il est exact de dire, en effet, que c'est le propriétaire lui-même qui est l'inventeur, puisque l'ouvrier, employé par lui précisément *ad hoc*, n'agissait que pour son compte, sous sa direction et sa surveillance, et que l'occupation qui n'est que la prise de possession, peut très-bien s'accomplir par le ministère d'autrui.

Mais il en est autrement dans le second cas; l'ouvrier employé à labourer, à creuser un fossé ou à réparer une armoire, n'était alors le mandataire du propriétaire que pour l'opération dont celui-ci l'avait chargé; donc, en tant

qu'il a découvert un trésor, chose *nullius*, il n'était pas son représentant.

Et maintenant, dans quels cas pourra-t-on dire que le propriétaire du fonds a employé les ouvriers pour chercher un trésor ? C'est là une question de fait. Remarquons seulement qu'en général, d'une part, il ne suffirait pas, pour cela, qu'il eût appelé vaguement l'attention des ouvriers sur les choses précieuses qu'ils pourraient trouver (comp. Rouen, 3 janv. 1853, Beaurain, Dev., 1853, II, 335); et d'autre part, qu'il ne serait pas non plus nécessaire que les travaux eussent été faits uniquement dans ce but, si d'ailleurs en les faisant dans un but de réparation ou d'amélioration, le propriétaire se proposait aussi spécialement de rechercher un trésor (comp. Orléans, 10 fév. 1842, Deschamps, Dev., 1842, II, 455).

Au reste, le propriétaire, qui voudra prévenir toutes les difficultés, fera bien de confier son intention à des tiers qui pourraient, le cas échéant, lui servir de témoins, ou, s'il veut garder pour lui seul son secret, de déposer devant notaire un papier scellé renfermant sa déclaration sur ce point (ajout. Bruxelles, 15 mars 1810, Droissard, Sirey, 1810, II, 230; Paris, 25 déc. 1825, Rousseau, D., 1826, II, 235; Pothier, *de la Propriété*, n° 65; Delvincourt, t. II, p. 2, note 7; Toullier, t. II, n° 34; Duranton, t. IV, n° 316; Demante, t. II, n° 12 *bis*, II; Marcadé sur l'article 716, n° 1; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 418).

51. — L'inventeur n'a droit à la moitié du trésor, qu'autant qu'il l'a découvert par le pur effet du hasard; si donc il l'a cherché, la loi ne lui en accorde aucune part; et le trésor appartient tout entier au propriétaire du fonds.

Cette décision, il est vrai, n'est point explicitement écrite dans notre article 716; mais elle en résulte implicitement, puisque si la première partie de l'article accorde purement et simplement la moitié *du trésor* à celui qui l'a trouvé dans le fonds d'autrui, la seconde partie définit *le trésor*, toute chose qui est découverte par le *pur effet du*

hasard. Il est donc clair que notre législateur a voulu, conformément à la règle posée par l'empereur Léon (L. unic., Code *de thesaur.*), et que notre ancien droit français avait également suivie, priver de tout droit au trésor celui qui l'aurait découvert dans le fonds d'autrui, *data ad hoc opera* (Pothier, *de la Propriété*, n° 65; Duranton, t. IV, n° 317).

Il était bon d'ailleurs de s'en expliquer; car on aurait pu, dans le silence de la loi, prétendre que celui qui s'est introduit dans le fonds d'autrui, sans le consentement du propriétaire, pour chercher un trésor, est passible sans doute de dommages-intérêts à raison de ce fait, mais qu'il n'en devait pas moins acquérir la moitié du trésor qu'il a découvert; de même que celui qui s'est introduit dans le fonds d'autrui, sans le consentement du propriétaire, pour y chasser, n'en devient pas moins propriétaire du gibier qu'il a tué (*supra*, n° 23).

Mais le législateur a décrété ici cette règle spéciale, afin de mieux garantir la propriété et d'empêcher que des tiers ne vinssent faire indûment, dans le fonds d'autrui, des recherches et des *fouillements*, comme dit Pothier, dans l'espoir d'y découvrir un trésor.

52. — Ce motif de notre règle peut faire naître deux questions :

1° Celui qui a fait indûment des travaux ou des fouilles dans le fonds d'autrui, mais sans avoir la pensée d'y chercher un trésor, aura-t-il droit à la moitié du trésor qu'il aurait trouvé ?

2° Celui qui, ayant le droit de faire, en son propre nom, des travaux ou des fouilles dans le fonds d'autrui, en aurait pratiqué afin précisément de chercher un trésor, aurait-il droit à la moitié du trésor par lui cherché et découvert ?

1° C'est, par exemple, un possesseur de mauvaise foi du fonds d'autrui, qui a trouvé, par hasard, un trésor en labourant.

A-t-il droit à la moitié?

Non, pourrait-on dire; car il ne doit pas profiter de sa mauvaise foi; et de même qu'il est tenu de restituer tous les fruits qu'il a recueillis (art. 548), il doit rendre aussi la totalité du trésor qu'il a découvert (comp. Toullier, t. II, n° 35).

Mais est-il vrai que la faute qui a été commise par le possesseur de mauvaise foi, en s'emparant indûment du fonds d'autrui, soit l'espèce particulière de faute que notre article 716 a pour but de réprimer et de prévenir? nous ne le pensons pas. L'article 716 a voulu atteindre ceux qui feraient tout exprès des travaux dans le fonds d'autrui pour y chercher des trésors; or, le possesseur de mauvaise foi, dans notre espèce, ne pensait nullement à découvrir un trésor; donc, il ne se trouve pas sous le coup de l'article 716. — Mais il ne doit pas, dit-on, profiter de sa mauvaise foi! — Cela est vrai; et il faut l'obliger à rendre au propriétaire tous les fruits et les produits qui ont été détachés de la chose par lui indûment possédée. Mais le trésor qu'il a trouvé par hasard n'a pas été détaché de cette chose, dont il n'était, sous aucun rapport, un produit ni une partie; il était *res nullius*, comme le gibier que le possesseur de mauvaise foi aurait tué pendant son indue possession; et il peut, en conséquence, garder, comme inventeur, la moitié du trésor aux termes de l'article 716, puisqu'il l'a trouvé par le pur effet du hasard. C'est donc là un bénéfice qu'il retire, non pas du fonds lui-même, mais seulement à l'occasion du fonds (*voy.* notre t. IX, n° 587).

Il en serait de même de tout autre qui se trouverait dans un cas semblable, de celui, par exemple qui, venant faire une cachette dans le fonds d'autrui, y trouverait lui-même un trésor! (comp. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 102).

53. — 2° Supposons maintenant que le trésor a été cherché à dessein, mais par une personne qui, en faisant

ad hoc des travaux sur le fonds d'autrui, ne commettait aucune faute?

C'est, par exemple, un possesseur de bonne foi, qui, soupçonnant l'existence d'un trésor dans le fonds qu'il croit être le sien, y fait des fouilles tout exprès pour le découvrir et le découvre.

Doit-il en avoir la moitié?

Pour la négative, on peut objecter avec force le texte même de l'article 716, qui déclare que la chose cachée ou enfouie n'est pas un trésor, lorsqu'elle n'est pas découverte par le pur effet du hasard; or, si elle n'est pas un trésor, elle doit être restituée par le possesseur de bonne foi, qui n'acquiert, en vertu de sa perception et de sa bonne foi, que les fruits, au nombre desquels on ne saurait ranger un trésor.

Nous convenons que le possesseur de bonne foi doit restituer au propriétaire la portion du trésor qui lui est attribuée *jure soli* (*supra*, n° 47); mais il ne s'agit ici que de la portion qui est attribuée à l'inventeur, *jure occupationis;* or, le possesseur de bonne foi est l'inventeur; ce n'est pas *jure soli*, c'est *jure inventionis*, ce n'est pas comme possesseur de bonne foi, mais uniquement comme inventeur, qu'il prétend à la moitié du trésor; donc l'objection ne procède pas bien. On insiste en disant qu'il ne l'a pas trouvé par hasard. Nous répondons qu'en le cherchant, il n'a commis, lui! aucune faute, et que puisqu'il est irrépréhensible, ce n'est pas évidemment contre lui qu'a été dirigée la règle écrite dans l'article 716. Reste donc qu'il a trouvé une chose *nullius*, et qu'il doit en avoir la part que la loi accorde à l'inventeur.

En dirons-nous autant de l'usufruitier, de l'emphytéote, du fermier? Est-ce qu'ils n'avaient pas, eux aussi, le droit de faire certains travaux dans le fonds; d'y soulever, par exemple, un pavé, sous lequel ils soupçonnaient un trésor? Et de ce qu'ils ont fait ces travaux dans le but de le découvrir, s'ensuit-il qu'ils n'aient pas eu le droit

de les faire? Cette hypothèse toutefois nous paraîtrait différente : aux termes de l'article 598, l'usufruitier (et pareillement l'emphithéote, et, à plus forte raison, le fermier ou locataire) n'a pas droit au trésor, qui pourrait être découvert dans le fonds, pendant la durée de l'usufruit, de l'emphytéose ou du bail; or, on est fondé à dire que l'usufruitier et les autres, en tant qu'ils feraient tout exprès des travaux pour découvrir un trésor, se mettraient sciemment en contravention avec cet article; car ils n'ont qu'un droit défini et limité, dont la loi exclut précisément l'acquisition du trésor qui serait trouvé dans le fonds.

54. — L'inventeur est celui qui le premier a rendu le trésor visible; tel paraît bien être le sens de ce mot *découvert*, dont notre article 716 se sert à deux reprises.

De là les conséquences suivantes :

D'une part, il ne suffit pas de l'avoir aperçu le premier, *oculis*, ni même de s'en être saisi, *corpore;* si c'est un autre qui a rendu le trésor visible, il en est l'inventeur; et cela, lors même qu'il ne l'aurait pas d'abord aperçu;

D'autre part, il n'est pas nécessaire que celui qui a découvert le trésor, l'ait physiquement appréhendé, *corpore;* il en est l'inventeur, dès qu'il l'a mis à découvert; et cela, lors même qu'il ne l'aurait rendu visible qu'en partie (s'il s'agit, bien entendu, d'un objet unique et d'un seul trésor), ou lors même qu'il n'aurait pas d'abord reconnu que ce fût un trésor. C'est là une exception notable à la règle d'après laquelle l'invention, qui n'est qu'un mode d'occupation, ne s'accomplit que par l'appréhension effective (*supra*, n° 19). Demante en propose ce motif que « peut-être, le législateur ici aurait eu moins en vue de consacrer le droit du premier occupant, que de favoriser la révélation qui va rendre à la circulation une richesse enfouie et conséquemment perdue jusqu'alors pour tout le monde » (t. II, n° 12 *bis*; comp. Bruxelles, 15 mars

1801, Droissard, Sirey, 1810, II, 230; Delvincourt, t. II, p. 2, note 6; Zachariæ, Massé et Vergé, t. II, p. 101, note 8).

55. — Ces principes servent à résoudre une question qui s'est présentée, et qui est, en effet, de nature à se présenter souvent en cas de découverte d'un trésor.

Plusieurs ouvriers sont employés à un travail commun, à édifier, par exemple, ou à démolir une construction. Les uns piochent; les autres brouettent les terres ou les matériaux.

L'un de ceux qui piochent, met, d'un coup de son instrument, à découvert un trésor.

En est-il seul l'inventeur?

On a prétendu que ce trésor doit être alors partagé entre tous les ouvriers; car, disait-on, ils étaient tous associés dans ce commun travail; or, chacun des associés a le droit de profiter de tous les résultats, directs ou indirects, prévus ou imprévus, de l'association.

Oui sans doute, mais en tant seulement que ces résultats se rattachent au fait que l'association avait pour objet, et aux bénéfices, que les associés s'étaient proposé d'obtenir. Or, les ouvriers ne s'étaient point associés pour chercher et pour découvrir des trésors.

Nous croyons donc qu'il faut répondre que le trésor tout entier appartient à celui-là seul dont le coup de pioche l'a mis le premier à découvert; qu'il lui appartient à l'exclusion :

Soit des ouvriers qui, n'étant employés qu'à brouetter les terres, n'ont point directement participé au travail qui a amené la découverte;

Soit même des ouvriers employés à piocher, et qui piochaient à côté de l'inventeur, fût-ce au même endroit, s'il est établi, en effet, qu'il n'y en a qu'un seul qui ait rendu, par son fait, le trésor visible. — On se récrie que c'est un pur hasard! — Mais la découverte d'un trésor est-elle donc autre chose, *donum fortunæ?*

(Comp. Angers, 25 mai 1849, Lecompte, Dev., 1849, II, 375.)

55 *bis*. — Un vieil auteur, Chassaneux, dans son *Commentaire sur la Coutume de Bourgogne*, au titre *des Justices et des droits d'icelles*, prévoit l'hypothèse, pour le moins singulière, de la découverte d'un trésor par un chien appartenant à un autre qu'au maître du fonds.

« *Quod si thesaurus inveniatur per canem ad id doctum, cedit domino canis; quod raro contingit; ideo non est multo insistendum.* »

Nous nous garderons bien, en effet, d'insister!

Pourtant, remarquons que cette décision ne serait point exacte, puisque le trésor trouvé par ce chien *savant, ad id doctum*, n'aurait pas été découvert par le pur effet du hasard.

II.

De l'invention appliquée aux choses qui n'ont pas de maître, soit qu'elles n'en aient jamais eu, soit qu'elles aient été abandonnées, *pro derelicto*, par celui auquel elles appartenaient.

SOMMAIRE.

56. — A. On acquiert par l'invention les choses inanimées qui n'ont jamais appartenu à personne. — Tels sont les coquillages, les pierres précieuses, que l'on trouve sur les bords de la mer.
57. — Suite. — Telles sont aussi les choses du cru de la mer. — Toutefois une distinction est nécessaire.
58. — Suite. — Des plantes et herbes connues, suivant les différents pays, sous les noms de *varech, sar* ou *gouesmon*.
59. — B. On acquiert aussi par invention les choses qui ont appartenu à quelqu'un, mais qui ont été laissées, *pro derelicto*, par celui qui en était le propriétaire.
60. — Suite.

56. — L'invention s'applique encore : soit aux choses qui n'ont jamais eu de maître, soit à celles qui ont été abandonnées *pro derelicto* par celui auquel elles appartenaient.

A. — De même que l'on devient propriétaire, par la chasse ou par la pêche, des choses animées, qui sont *nullius*, on devient aussi propriétaire, par l'invention,

des choses inanimées, qui sont restées également dans la communauté négative du genre humain.

Tels sont les coquillages, les cailloux, les pierres précieuses, que l'on trouve sur les bords de la mer ou dans son sein. (Inst., *de rer. div.*, § 18; Pothier, *de la Propriété*, nº 58.)

57. — Telles sont aussi les choses du cru de la mer, et les plantes et herbages qui croissent sur ses rivages (comp. Cass. 22 nov. 1865, Gilles, Dev. 1865, I, 21).

Toutefois, l'article 717 déclare que les droits sur ces sortes d'objets sont réglés par des lois particulières; et c'est encore aujourd'hui l'ordonnance de 1681 sur la marine, qui règle ce mode particulier d'occupation ou d'invention.

En ce qui concerne les choses du cru de la mer, comme l'ambre, le corail, les poissons à lard et autres semblables qui n'auront appartenu à personne, l'article 29 (tit. IX du liv. IV) de cette ordonnance, fait une distinction :

Elles sont acquises entièrement à ceux qui les ont tirées du fond de la mer, ou pêchées sur les flots;

Mais si elles ont été trouvées sur les grèves, l'inventeur n'en a que le tiers; et les deux autres tiers, qui, d'après l'ordonnance, devaient être partagés entre le roi et l'amiral, appartiennent évidemment aujourd'hui à l'État, substitué aux droits du roi et de l'amiral, en vertu des articles 539 et 713.

58. — Une distinction du même genre doit aussi être faite à l'égard des plantes et herbages connus, suivant les différents pays, sous les noms de *varech* ou *vraicq*, *sar*, ou *gouesmon*, et qui se trouvent particulièrement sur les côtes de Normandie et de Bretagne.

S'agit-il du varech jeté par les flots sur les grèves, ou de celui qui croît sur les îles ou les rochers déserts en pleine mer? Il n'y a en cette partie, disait Valin, de préférence pour personne; la chose est au premier occu-

pant (*Comm. de l'ord. de* 1681, tit. x); et le varech, dans ces conditions, peut être pris en tout temps et en tous lieux, vendu et transporté partout (comp. *ord. de* 1681, tit. x, art. 5; déclaration de 1731, tit. III, art. 3, § 4).

S'agit-il, au contraire, du varech qui croît sur les rochers de la côte? le droit de le couper est attribué privativement aux habitants des communes, dans le territoire desquelles poussent ces herbes, à raison, sans doute, dit encore Valin, de l'incommodité et du dommage qu'ils reçoivent du voisinage de la mer (*loc. supra cit.*) Il faut remarquer que les habitants ne peuvent couper les varechs de nuit, ni hors les temps réglés, ni ailleurs que dans l'étendue des côtes de leur commune, et qu'ils ne peuvent non plus les vendre à des forains ou les porter sur d'autres territoires (comp. art. 3 du tit. x de l'ord. de 1681). Ce droit des habitants des communes bordées par la mer, a d'ailleurs été réglé encore par deux déclarations des 30 mai 1731 et 30 octobre 1772, dont le but est de concilier les différents intérêts auxquels ces sortes d'herbes peuvent être utiles : celui des agriculteurs, auxquels elles fournissent un engrais très-puissant; celui des commerçants et industriels qui les brûlent pour en extraire la soude; et enfin l'intérêt général de la reproduction des poissons, que ces plantes paraissent favoriser, quoique l'on ait toujours, plus ou moins, mis en question cette dernière utilité du varech (*voy.* Valin, *Comm. sur l'article* 1 *du titre* x *de l'ord. de* 1861, et les préambules des deux déclarations précitées).

Ce droit exclusif des habitants des communes à la récolte du varech sur leurs côtes, qui avait été supprimé par une mesure révolutionnaire du 2 ventôse an II, leur a été rendu, le 18 thermidor an x, par un arrêté des consuls, qui charge les préfets de déterminer, par des règlements conformes aux lois, tout ce qui est relatif à la pêche en gouesmon et varech (*voy.* Merlin, *Rép.*, v° *Varech;* comp. sur ce sujet, Cass., 17 juill. 1839, Couin, Dev.,

1839, I, 718; Cass., 8 nov. 1845, le minist. public, Dev., 1845, I, 814; Conseil d'État, 14 déc. 1857, comm. de Taulé, Dev., 1858, II, 655).

59. — B. C'est également par l'invention, que l'on acquiert les choses qui ont appartenu à quelqu'un, mais qui ont été laissées *pro derelicto* par celui qui en était le propriétaire,... *ut id rerum suarum esse nolit* (Inst., *de rer. div.*, § 47).

On peut voir les exemples que cite Pothier (*de la Propriété*, n° 60); et on demeurera convaincu que ces sortes de choses, que l'on trouve le plus ordinairement dans les rues et sur les places publiques, sont encore acquises aujourd'hui au premier occupant, malgré les termes de l'article 713. C'est ainsi que dans les grandes villes, il existe une industrie spéciale, qui consiste précisément à recueillir les choses jetées au dehors, les chiffons et les papiers surtout, comme inutiles pour ceux qui les abandonnent, et qui sont encore susceptibles d'utilité pour ceux qui les ramassent.

60. — On pourrait encore rapporter à ce genre d'invention, l'acquisition des pièces de monnaie ou des autres objets, qui sont quelquefois jetés au public dans les solennités officielles ou dans les fêtes privées des familles, et qui appartiennent à celui qui les ramasse le premier; mais il est plus vrai de dire que ce mode d'acquisition dérive plus encore de la tradition que de l'occupation proprement dite; car, celui qui jette ainsi des pièces de monnaie, *missilia*, n'a pas l'intention de les laisser absolument *pro derelicto;* il veut, au contraire, en transférer la propriété à la personne, quelle qu'elle soit, qui les recueillera, *ad incertam personam;* et si l'occupation est ici à considérer, c'est entre tous ceux qui cherchent à s'emparer de ces objets, pour déterminer celui qui en devient propriétaire, *primo occupanti* (Inst., *de rer. div.*, § 46; Vinnius, *h. l.;* Pothier, *de la Propriété*, n° 234; Proudhon, *du Dom. privé*, t. I, n° 364; Duranton, t. IV, n° 272).

III.

De l'invention appliquée aux choses perdues dont le maître est ignoré, ou plus généralement aux épaves.

SOMMAIRE.

61. — Il ne faut pas confondre les choses perdues avec les choses qui n'appartiennent à personne. — On appelle du nom générique d'*épaves* les choses perdues, dont le maître est ignoré. — Des choses *gayves*.
62. — On peut distinguer quatre espèces d'épaves :
63. — 1° Des épaves de mer.
64. — Suite.
65. — Suite.
66. — 2° Des épaves des cours d'eau navigables ou flottables.
67. — Suite.
68. — Suite.
69. — 3° Des épaves de terre et des cours d'eau non navigables ni flottables. — Du droit ancien et du droit intermédiaire sur ce sujet.
70. — 1° Du droit nouveau. — Il est certain que la chose perdue n'appartient pas à celui sur le fonds duquel elle est trouvée.
71. — Mais à qui appartient-elle? Trois opinions sont en présence. — Exposition. — Discussion.
72. — Des obligations du propriétaire qui réclame la chose qu'il a perdue et qu'un autre a trouvée.
73. — Celui qui trouve une chose perdue n'est-il pas tenu de faire des diligences pour que le propriétaire soit averti?
74. — Suite. — Ne pourrait-on pas considérer comme voleur, celui qui, ayant trouvé une chose perdue, n'en a pas fait la déclaration et la remise à l'autorité?
75. — Suite.
76. — Il ne faut pas assimiler à l'inventeur d'une chose perdue, celui dans les mains duquel aurait été remise, par une circonstance quelconque, une chose volée.
77. — 2° De certaines choses égarées dans des cas particuliers et qui sont assimilées aux épaves.

61. — Il ne faut pas confondre les choses perdues avec celles qui n'appartiennent à personne ou qui ont été laissées *pro derelicto* par celui auquel elles appartenaient : *alia sane causa est*, disait Justinien (Inst., *de rer. div.*, § 48).

Les choses perdues, en effet, ne sont pas *nullius;* et elles ne peuvent pas être, à vrai dire, acquises par le moyen de l'occupation; les choses mêmes, par exemple,

que l'on jette à la mer, *navis levandæ causa*, ne cessent pas d'appartenir à ceux qui en étaient les propriétaires (comp. L. 2, § 8, ff. *de lege Rhodia;* Code de comm., art. 410-429).

Aussi, allons-nous voir que ce sujet est gouverné par des règles spéciales.

On appelle du nom générique d'*épaves* les choses perdues, dont le propriétaire est ignoré; épaves, *expavefacta*, parce que, dit-on, ce mot ne s'appliquait d'abord qu'aux animaux dispersés par la frayeur, et qui avaient échappé à la surveillance de leur maître (*voy.* Domat, liv. I, tit. VI; Ferrières, *Dict. de droit*, v° *Épaves*). Les expressions *choses gayves* étaient aussi employées autrefois pour désigner *les épaves et choses égarées et adirées, qu'aucun ne réclame;* et ce mot *gayves* paraît lui-même venir de l'ancien mot français *guesver*, qui signifie abandonner (comp. Merlin, *Rép.*, t. V, v° *Gayves*, et t. IV, v° *Épaves;* Pothier, *de la Propriété*, n° 82[1]).

C'est à cette classe d'objets que l'article 717 de notre Code se réfère; et voici en quels termes :

« Les droits sur les effets jetés à la mer, sur les objets « que la mer rejette, de quelque nature qu'ils puissent « être, sur les plantes et herbages qui croissent sur les « rivages de la mer, sont aussi réglés par des lois parti- « culières.

« Il en est de même des choses perdues, dont le maître « ne se représente pas. »

62. — Les lois particulières auxquelles l'article 717 nous renvoie, ne présentent pas, malheureusement, beau-

1. Ces mots *épaves* et *choses gayves* n'ont pas d'ailleurs une acception bien définie ; ils sont quelquefois appliqués improprement à des choses qui n'ont jamais appartenu à personne; c'est ainsi qu'on met au nombre des épaves maritimes les plantes et herbages que la mer rejette (*supra*, nos 55-58; Valin sur l'article 5 du titre x du liv. IV de l'ord. de 1681; art. 717, C. Nap.)

On appelait même autrefois du nom d'*épaves*, les étrangers, les aubains, dont on ignorait la patrie (*voy.* notre t. I, n° 244).

coup d'harmonie; et nous allons même reconnaître que pour l'un des cas les plus ordinaires et les plus usuels, nous manquons véritablement de toute loi spéciale (*infra*, n° 70). Aussi nous paraît-il regrettable que toute cette thèse des épaves n'ait été, à aucune époque, l'objet d'un règlement législatif complet.

Quoi qu'il en soit, les choses dont il s'agit ont pu être perdues par celui auquel elles appartenaient, dans des lieux et par suite de circonstances, dont la diversité devait avoir de l'influence sur la question de propriété, qui est ici à résoudre; et on peut distinguer, sous ce rapport, quatre espèces d'épaves :

1° Les épaves de mer;

2° Les épaves des cours d'eau navigables ou flottables;

3° Les épaves des cours d'eau non navigables ni flottables et les épaves de terre;

4° Enfin, certaines choses égarées dans des cas particuliers, et qui sont assimilées aux épaves.

63. — *Des épaves de mer.*

C'est encore aujourd'hui l'ordonnance sur la marine de 1681, qui règle tout ce qui concerne les épaves maritimes.

A cet égard, la règle générale est que tous ceux qui auront tiré du fond de la mer, ou trouvé sur les flots ou sur les grèves et rivages de la mer, des effets procédant de jet, bris ou naufrage, doivent les mettre en sûreté, et en faire la déclaration à l'autorité, qui fait faire des publications (art. 19, 20, 21 et suiv., tit. IX, liv. IV).

Ces effets, vaisseaux échoués, marchandises ou autres, peuvent être réclamés dans l'an et jour de la publication; et ils sont rendus au propriétaire, *en payant les frais faits pour les sauver* (art. 24, 25).

A défaut de réclamation dans ce délai, l'article 26 du titre précité de l'ordonnance les attribuait, déduction faite des frais, pour moitié au roi, et pour moitié à l'amiral; or, l'État étant aujourd'hui substitué aux droits du

roi et de l'amiral, il s'ensuit que ces objets lui appartiennent tout entiers, sous les mêmes déductions (art. 539, 713).

L'inventeur ne les acquiert donc, ni en tout, ni en partie, par droit d'occupation.

64. — Cette règle, toutefois, souffre deux exceptions.

D'une part, si c'est en pleine mer que les effets naufragés ont été trouvés, ou s'ils ont été tirés de son fond, le tiers en est délivré à l'inventeur *incessamment*, ou, en d'autres termes, sans délai, comme disait Valin ; car, ce tiers lui est effectivement acquis dans tous les cas, soit contre le propriétaire lui-même qui réclamerait dans le délai voulu, soit contre l'État (art. 27). Notons seulement qu'il ne s'agit ici que des objets trouvés par hasard, et non point de ceux provenant d'un naufrage connu, auquel on travaille actuellement. Dans ce dernier cas, à défaut de réclamation, les objets appartiennent tout entiers à l'État, déduction faite des frais de sauvetage (comp. ord. de 1681, liv. IV, tit. IX, art. 1-18; Valin sur l'article 27 du même titre; ord. du 10 juin 1770; loi des 9 et 13 août 1791; arrêté du 27 thermidor an VII; décret du 17 floréal an XI; décret du 25 mars 1811);

D'autre part, les ancres tirées du fond de la mer, qui ne sont pas réclamées dans les deux mois, à partir de la déclaration qui doit en être faite, appartiennent entièrement à ceux qui les ont pêchées (art. 28 du titre précité); et même, l'inventeur devient immédiatement propriétaire des câbles coupés et des ancres laissées dans les rades sans les *hoirins*, *bouées* ou *gavitaux*, que l'ordonnance prescrit d'y mettre (art. 2, tit. III, liv. IV). Cette dernière disposition, toutefois, paraît avoir été changée par l'article 39 du décret du 12 décembre 1806, portant règlement sur le service du pilotage, qui en augmentant les frais de sauvetage, lorsque les câbles et ancres auraient été laissés sans bouée, suppose manifestement

qu'ils seraient rendus aux bâtiments auxquels ils appartiennent.

65. — Enfin, remarquons que les vêtements trouvés sur les corps noyés, sont délivrés à ceux qui les auront retirés sur les grèves, et que l'argent monnayé, les bagues ou autres choses de prix, qui sont aussi trouvés sur un cadavre noyé, s'ils ne sont pas réclamés dans l'an et jour, appartiennent pour un tiers à l'inventeur, et pour les deux tiers à l'État, quelque part qu'ils aient été retirés, en mer ou sur les grèves (comp. art. 35 et 36 du titre précité).

66. — 2° *Des épaves des cours d'eau navigables ou flottables.*

On appelle généralement *épaves fluviables* les choses qui sont trouvées dans les cours d'eau ou sur leurs rives, tels que les débris des naufrages des bateaux ou coches, les objets emportés par le débordement des rivières, ou qui ont été découverts lors du curage de leur lit, les objets qui proviennent des personnes noyées, etc. (*Voy.* toutefois Limoges, 29 mai 1857, N..., Dev. 1857, II, 629).

Aucune loi spéciale n'ayant réglé ce qui concerne les épaves des cours d'eau non navigables ni flottables, nous allons voir que ces sortes d'épaves fluviales doivent être assimilées aux épaves terrestres (*infra*, n° 69).

Mais il en est autrement des épaves des fleuves et des rivières navigables ou flottables. L'ordonnance des eaux et forêts du mois d'août 1669, après avoir déclaré (dans l'article 3 du titre I), que la connaissance des épaves de ces cours d'eau appartiendrait aux officiers des maîtrises des eaux et forêts, renfermait (dans l'article 16 du titre XXXI, qui traite *de la Pêche*), la disposition suivante :

« Ordonnons que toutes les épaves qui seront pêchées « sur les fleuves et rivières navigables, soient garées sur « terre, et que les pêcheurs en donnent avis aux sergents et « gardes-pêche, qui seront tenus d'en dresser procès-ver- « bal et de les donner en garde à personnes solvables qui

« s'en chargeront, dont notre procureur prendra commu-
« nication au greffe, aussitôt qu'il y aura été porté par le
« sergent ou garde-pêche, et en sera fait lecture à la pre-
« mière audience ; sur quoi, le maître ou son sergent or-
« donnera que si, dans un mois, les épaves ne sont de-
« mandées ni réclamées, elles seront vendues à notre
« profit, au plus offrant et dernier enchérisseur ; et les
« deniers en provenant mis ès mains de nos receveurs,
« sauf à les délivrer à celui qui les réclamera un mois
« après la vente, s'il en est ordonné en connaissance de
« cause. »

Ainsi, l'inventeur n'a, dans ce cas, aucun droit ni aux objets eux-mêmes, ni au prix provenant de la vente ; il est tenu d'en faire la déclaration ; le procès-verbal qui en est dressé, est lu à la première audience du tribunal civil (qui remplace aujourd'hui le tribunal de maîtrise), et qui ordonne que si, dans les deux mois, les objets ne sont pas réclamés, ils soient vendus au profit du domaine ; le prix peut, toutefois, encore être réclamé par le propriétaire dans le mois de la vente.

67. — On a demandé si c'était encore aujourd'hui dans ce délai, que le propriétaire devait former sa réclamation, sous peine de déchéance.

Et pour la négative, on a dit :

La disposition de l'ordonnance de 1669, relative aux épaves, fait partie, dans cette ordonnance, du titre de la pêche (titre XXXI) ; or, elle n'est pas reproduite par la loi du 15 avril 1829, qui, par son article 83, abroge toutes les lois antérieures sur la pêche fluviale ; donc, le droit, pour le propriétaire, de réclamer le prix de sa chose, doit durer sinon pendant trente ans (art. 2262) au moins pendant trois ans (art. 2279 ; comp. Demante, t. II, n° 14 *bis*, I).

Mais il nous semble que si ce raisonnement était juste, la conclusion que l'on en tire, n'irait pas assez loin ; si, en effet, l'article 16 du titre XXXI de l'ordonnance de

1669 a été abrogé par la loi du 15 avril 1829, il l'a été tout entier, non-seulement donc, quant au délai dans lequel la réclamation du propriétaire devrait être formée contre le Domaine, mais encore en ce qui concerne l'attribution au Domaine de la propriété de ces épaves, à l'exclusion de l'inventeur ; et s'il n'y a plus de loi particulière sur ces sortes d'épaves, elles devront être régies par les mêmes principes que les épaves des cours d'eau non navigables ni flottables, c'est-à-dire qu'elles devront être, à défaut de réclamation après trente ans, attribuées tout entières à celui qui les a trouvées (*infra*, n° 71).

On pourrait certainement soutenir cette proposition, d'autant plus que l'article 16 de l'ordonnance, en tant qu'il refuse toute espèce de droit à l'inventeur, peut paraître très-dur et assez peu politique ; car il est à craindre qu'il ne le pousse ainsi à cacher sa trouvaille.

Quoi qu'il en soit, l'opinion commune paraît être que cet article est encore en vigueur dans toutes ses parties, et que le propriétaire n'a qu'un mois pour réclamer contre le Domaine le prix de sa chose vendue. Et la vérité est que la loi du 15 avril 1829 ne s'étant nullement occupée de cette question des épaves, on peut dire que l'abrogation qu'elle prononce des lois antérieures sur la pêche fluviale, ne s'applique pas à cette disposition toute spéciale de l'ordonnance de 1669, sur laquelle la loi de 1829 n'a rien statué (comp. Cass., 23 juill. 1830, Mabire, D., 1830, I, 379 ; Proudhon, *du Dom. privé*, t. I, n° 421 ; Garnier, *du Régime des eaux*, t. I, n° 427 ; Foucart, *Droit administr.*, t. II, n° 714 ; Duranton, t. IV, n° 521 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 393).

68 — M. Garnier enseigne que l'article 16 du titre XXXI de l'ordonnance de 1669 ne parlant que des épaves *pêchées sur* les fleuves et rivières navigables (*supra*, n° 66), ces termes restrictifs semblent ne s'appliquer qu'aux objets ostensibles à la surface des eaux, mais non à ceux trouvés sur les rivages mis à découvert

en temps de basses eaux, ou dans le fond du lit, en plongeant, ou autrement ; et l'auteur emprunte au *Nouveau Denizart* (v° *Épaves*), un arrêt du parlement de Paris, du 29 mai 1743, qui justifierait cette interprétation (t. I, n° 428).

Nous remarquerons toutefois que le sentiment contraire est généralement enseigné (comp. Foucart, *Droit administr.*, t. II, n° 714 ; Duranton, t. IV, n° 521 ; Demante, t. II, n° 14 *bis*, I). Mais en admettant même (ce qui semblerait peu admissible), que l'article 16 précité de l'ordonnance de 1669 ne dût pas être appliqué aux objets trouvés sur le rivage (c'était l'espèce de l'arrêt de 1743), il serait bien difficile d'en refuser l'application à ceux qui ont été retirés du fond du lit ; et M. Garnier cite lui-même un arrêt du 16 décembre 1755, qui a considéré ces sortes d'objets comme des épaves fluviales, par application de l'ordonnance de 1669 (t. I, n° 426).

69. — 3° *Des épaves de terre et des cours d'eau non navigables ni flottables.*

On appelle épaves de terre, les objets animés ou inanimés, qui ont été perdus par celui auquel ils appartenaient, soit dans les rues, places ou chemins publics, soit sur le terrain, ou même dans la maison d'un particulier : tels sont les chevaux, moutons, ou autres animaux trouvés sans conducteur, une montre, une bourse, une épingle, une valise, etc. Nous avons déjà dit que l'on assimile aux épaves terrestres, les épaves des cours d'eau non navigables ni flottables (*supra*, n° 66).

Autrefois, en France, les épaves étaient adjugées au seigneur du lieu où elles étaient trouvées, pour le récompenser, disait Pothier, des frais qu'il fait pour faire rendre la justice (*de la Propriété*, n° 67). L'inventeur de la chose perdue était obligé d'en faire la déclaration au greffe ; des proclamations avaient lieu afin d'avertir le propriétaire de venir la réclamer ; et à défaut de réclamation dans un certain délai, l'épave était adjugée au sei-

gneur, sans que le propriétaire pût ensuite la réclamer, l'adjudication ayant purgé et éteint son droit de propriété. Les différentes coutumes offraient d'ailleurs sur ce sujet plus encore que sur tous les autres, une extrême diversité de dispositions, soit quant au délai dans lequel l'inventeur devait faire sa déclaration au greffe; soit quant au nombre, à la forme, à l'endroit des proclamations qui étaient exigées; soit enfin quant au délai dans lequel le propriétaire de la chose perdue avait le droit de la réclamer, ici pendant une année, là pendant quarante jours seulement; et le point de départ du délai n'était pas plus uniforme que le délai lui-même. Il y avait un point, toutefois, sur lequel les coutumes, en général, s'accordaient, c'était pour exclure l'inventeur de tout droit sur la chose ou sur le prix de cette chose; les coutumes d'Orléans et de Bretagne se distinguaient, sous ce rapport, des autres, en lui attribuant un tiers dans le prix. Ajoutons pourtant qu'il y avait aussi quelques provinces où le droit seigneurial d'épaves était restreint aux animaux égarés, et où les autres choses mobilières perdues étaient laissées tout entières à l'inventeur, lorsqu'après publication, elles n'étaient pas réclamées (comp. Pothier, *de la Propriété*, nos 73, 74; Dunod, *Observat. sur la Cout. de Franche-Comté*, p. 46; Merlin, *Rép.*, v° *Épaves*).

Le droit seigneurial d'épaves a été aboli par l'article 7 du titre I de la loi des 13 et 20 avril 1791, en ces termes:

« Les droits de *déshérence*, d'*aubaine*, de *bâtardise*, « d'*épaves*, de *varech*, de *trésor trouvé*, etc., n'auront « plus lieu en faveur des ci-devant seigneurs, à compter « pareillement de la publication des décrets du 4 août « 1789, les ci-devant seigneurs demeurant, depuis cette « époque, dechargés de l'entretien des enfants trouvés. »

Tel est, sur ce sujet, le droit ancien et intermédiaire.

70. — Quel est maintenant le droit nouveau?

Notre article 717 se borne à dire que les droits sur les

choses perdues, dont le maître ne se représente pas, sont réglés par des lois particulières.

Or précisément, aucune loi particulière n'a été faite, à cet égard, dans le droit nouveau; et de là vient que, sur ce sujet si pratique pourtant et si usuel, les opinions sont encore aujourd'hui fort partagées.

Il est toutefois une première proposition que tout le monde reconnaît, à savoir : que l'objet perdu ne saurait appartenir à celui sur le fonds duquel il a été trouvé, qu'il soit trouvé par un tiers, ou par le propriétaire même de ce fonds, peu importe (comp. Cass., 26 mai 1846, Colombelle, Dev., 1846, I, 608); car cet objet n'étant ni caché ni enfoui ne constituait point un trésor (*supra*, n° 33); et il ne faisait pas plus partie du fonds sur lequel il se trouvait, que le lièvre ne fait partie du bois dans lequel il court.

Il en serait ainsi, dans le cas même où la chose aurait été trouvée dans l'intérieur d'un bâtiment ou d'une maison d'habitation, si d'ailleurs elle était bien une chose perdue, et si on n'établissait, d'aucune manière, qu'elle appartient à quelqu'un de la maison, ou à un autre propriétaire connu (comp. Duranton, t. IV, n° 323). Il convient seulement d'ajouter, pour ce dernier cas, une considération fort juste, que la Cour de cassation a formulée dans un arrêt du 7 septembre 1855, à savoir : que tous les objets qui se trouvent dans une maison, même les objets égarés, y demeurant sous l'autorité du maître de cette maison, ils sont, en quelque sorte, réputés être en sa possession, et que rien ne doit en être détourné sans son consentement (Lavoye, Dev., 1856, I, 81). D'où il suit que la circonstance qu'un objet égaré a été trouvé dans une maison particulière, oblige tout spécialement l'inventeur à déclarer sa découverte (*infra*, n° 74).

71. — Mais lorsqu'il s'agit de savoir à qui appartient la chose perdue, les opinions se divisent; et l'on en peut compter trois :

A. La première enseigne que, à défaut de lois nouvelles sur ce sujet, le renvoi de l'article 717 ne peut s'appliquer qu'aux anciennes coutumes; et qu'en conséquence, il faut encore *suivre la coutume du lieu où la chose a été trouvée*, en attribuant à l'État ce que l'ancien droit attribuait aux seigneurs (Proudhon, *du Domaine privé*, t. I, n° 247); doctrine qui, dans certains cas, comme nous l'avons vu, attribuerait à l'inventeur une portion dans le prix de la chose (*supra*, n° 69).

B. D'après la seconde opinion, les épaves appartiendraient aujourd'hui tout entières à l'État : soit en vertu de l'article 7 précité du titre I de la loi du 20 avril 1791, qui les a enlevées aux ci-devant seigneurs, et de l'article 2 de la loi du 1er décembre 1790, qui attribue à l'État *tous les biens et effets meubles ou immeubles demeurés vacants et sans maître*; soit en vertu des articles 539 et 713, qui ont de nouveau consacré cette disposition de la loi de 1790. On ajoute qu'il est d'autant plus juste que l'État ait succédé, en ceci, aux droits des ci-devant seigneurs, que c'est, en effet, l'État qui supporte aujourd'hui les frais d'administration de la justice et autres, en compensation desquels précisément les épaves avaient été autrefois attribuées aux seigneurs hauts justiciers (comp. Avis du Conseil d'État du 5 janvier 1821, Sirey, 1821, II, 70; Merlin, *Rép.*, v° *Épaves* et *Gayves* (choses); Favard, *Rép.*, v° *Propriété*, sect. I, n° 11).

C. Les deux opinions qui précèdent nous paraissent également inadmissibles.

D'une part, nous ne saurions croire, avec la première opinion, que le législateur nouveau ait entendu maintenir, sur les divers points du territoire français, cette infinie variété de dispositions, que les coutumes offraient sur cette matière (*supra*, n° 69); d'autant plus qu'il est très-permis de voir, dans l'article 7 du titre I de la loi du 20 avril 1791, l'abrogation de tout l'ancien droit coutumier.

Et d'autre part, la seconde opinion n'a pas moins tort, suivant nous, de prétendre que l'État a été substitué aux droits d'épave des ci-devant seigneurs ; car l'article 717, en déclarant que les droits sur les choses perdues sont réglés par des lois particulières, prouve irrésistiblement que les articles 539 et 713 n'y sont pas applicables ; autrement, si les articles 539 et 713 régissaient les choses perdues, il est clair que le renvoi de l'article 717 n'aurait aucun sens! Nous avons d'ailleurs déjà remarqué aussi que les articles 539 et 713 ont été faits en vue d'un ensemble de biens, plutôt qu'en vue d'un bien singulier et déterminé.

C'est donc finalement à l'inventeur, que la chose perdue doit être attribuée tout entière. Telle est la troisième opinion, celle que, pour notre part, nous proposons; mais cette opinion elle-même a besoin d'être bien expliquée et définie.

Est-ce par l'*occupation*, que l'inventeur de la chose perdue en deviendra propriétaire? non, sans doute; car cette chose n'est pas *nullius ;* s'il l'acquérait par l'occupation, il en deviendrait immédiatement propriétaire; or, cela est tout à fait impossible, puisque le maître de la chose perdue, qui n'en a pas abandonné la propriété, la conserve nécessairement :... *hæ enim dominorum permanent* (§ 48, Inst., *de rer. div.*).

Est-ce au bout de trois ans que la propriété sera acquise à l'inventeur? Beaucoup d'auteurs paraissent l'enseigner ainsi ; telle est même la décision qui a été rendue, le 3 août 1825, par le ministre des finances :

« Considérant qu'en l'absence de dispositions spéciales sur la matière, l'on ne peut se déterminer que par des considérations morales ;

« Qu'il importe de laisser à l'inventeur l'espoir de profiter un jour de ce qu'il a trouvé, puisque cet espoir peut le décider à en faire le dépôt, et que cette mesure, par la publicité qu'elle occasionne et les délais qu'elle

entraîne, a pour but de mieux assurer les droits du propriétaire;

« Considérant d'ailleurs qu'il est de principe qu'en fait de meubles, la possession vaut titre; »

En conséquence, le ministre décide que la somme de 72 francs 5 centimes, perçue par le Domaine pour le prix d'une montre d'or trouvée au mois d'octobre 1821, par la dame Lancesseur, sera remise à celle-ci, sous la déduction toutefois des frais de régie (Sirey, 1826, II, 4; comp. Delvincourt, t. II, p. 2, note 10; Toullier, t. II, n° 49, not. 1, qui a varié toutefois sur cette question; Taulier, t. II, p. 183; Marcadé, art. 717, n° 2; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 394; ajout. *Observations* de M. le conseiller Boucher d'Argis, sur un arrêt de la Cour d'Orléans, du 6 sept. 1853, Dev., 1856, II, 54, note 6).

Mais en invoquant l'article 2279, dans l'intérêt de l'inventeur lui-même, il nous paraît évident qu'on en a violé tout à la fois la lettre et l'esprit.

L'article 2279, en effet, ne protége, après un laps de trois ans, contre la revendication du véritable propriétaire, le possesseur de la chose perdue, qu'autant qu'il est de bonne foi et qu'il a un titre;

Or, l'inventeur n'est pas de bonne foi; car il doit savoir, pour peu que la chose qu'il a trouvée, soit (comme nous le supposons) de quelque valeur, que le maître de cette chose n'a pas eu l'intention de l'abandonner; il n'a pas de titre, car il ne *la tient* de personne, pour nous servir des termes de l'article 2279, ni par achat, échange, payement, ni d'aucune autre manière;

Donc, il ne peut invoquer l'article 2279.

Celui-là même qui aurait acheté sciemment de l'inventeur la chose perdue, ne pourrait pas l'invoquer; *a fortiori*, l'inventeur n'y est-il pas recevable! Il est vrai qu'autrefois, lorsqu'après le délai des proclamations (de quarante jours en général), la chose perdue avait été

adjugée au seigneur, le propriétaire ne pouvait plus la réclamer; mais précisément, c'est que cette adjudication formait, au profit du seigneur, un titre d'acquisition légitime (*supra*, n° 60). Or, nous n'avons rien de pareil aujourd'hui.

Ce n'est donc qu'après l'expiration de trente ans, depuis qu'il a trouvé la chose, que l'inventeur peut en devenir propriétaire; jusque-là, il n'a qu'une sorte de droit de possession, comme dit M. Mourlon (t. II, p. 8); ou, si l'on veut qu'il en soit considéré comme propriétaire, ce n'est que tout autant que la chose perdue peut paraître abandonnée par celui auquel elle appartenait. D'où la conséquence qu'il devrait restituer, soit la chose elle-même, soit le prix, s'il l'avait vendue, dans le cas où le propriétaire réclamerait avant l'expiration de trente ans. Et par conséquent, on peut dire qu'après trente ans, c'est plutôt par l'effet de la prescription, que par l'effet de l'occupation, qu'il en acquiert la propriété (art. 2262; comp. Demante, t. II, n° 14 *bis*, II).

On pourrait, il est vrai, soutenir à un autre point de vue, que l'inventeur est à l'abri de toute réclamation, après trois ans, en vertu de l'article 638 du Code d'instruction criminelle, qui déclare que l'action civile résultant d'un délit se prescrit, ainsi que l'action criminelle, par trois ans. Mais ce serait là, en effet, un tout autre point de vue; celui qui aurait trouvé la chose, serait considéré non plus comme un inventeur, mais comme un voleur; et nous n'avons pas à nous occuper ici de la thèse spéciale, qui consiste à savoir si l'action en revendication du propriétaire ne pourrait pas, malgré l'article 638 précité, durer, même dans ce cas, pendant trente ans. Cette thèse viendra plus tard sur les articles 1382 et 1383 (comp. Bordeaux, 15 avril 1829, Lacoste, Sirey, 1829, II, 218; Cass., 23 janv. 1822, D...., Sirey, 1822, I, 316; Cass., 3 août 1841, Condamin, Dev., 1841, I, 753; Bordeaux, 31 juillet 1848, d'Armailhac,

Dev., 1849, II, 81; Merlin, *Rép.*, v° *Prescription*, sect. III, § 4, n° 5; Faustin Hélie, *de l'Instruction crim.*, t. III, p. 792 et suiv.; Troplong, *de la Prescription*, t. II, n° 1049; Mourlon, *Répét. écrit. sur l'article* 2279, p. 102; Mangin, *Act. pub.*, t. II, n° 367; Duranton, t. IV, n° 329; et surtout la dissertation de notre savant collègue M. Berthauld, *Leçons de législat. crim.*, p. 113 et suiv.).

72. — Le propriétaire qui réclame sa chose doit, bien entendu, rembourser les frais qui ont été faits à son occasion, tels que les frais d'annonces ou d'affiches, d'entretien, de réparation, de nourriture, s'il s'agit d'un animal (arg. de l'article 1375).

Et c'est justement encore que l'on a décidé qu'il est tenu de remplir l'offre d'une récompense qu'il a promise publiquement, lorsque l'inventeur la réclame en lui représentant la chose perdue (arg. des articles 1101, 1121, 1134; trib. civ. de Turin, 3 août 1810, Lione, Sirey, 1811, II, 9).

73. — C'est assurément aussi le devoir de l'inventeur de faire les diligences nécessaires pour découvrir le maître de la chose perdue. Le mieux, en cas pareil, est d'en faire la déclaration et la remise à l'autorité administrative ou judiciaire : à Paris, à la préfecture de police; et dans les départements, au greffe du tribunal civil ou chez les commissaires de police. Nous savons qu'après un certain délai écoulé sans réclamation, la chose, ou le prix, si elle a dû être vendue, sera rendu à l'inventeur (*supra*, n° 71).

Tels sont, en général, les usages presque partout pratiqués.

Il faut toutefois reconnaître qu'aucune loi n'impose rigoureusement à l'inventeur l'obligation de remplir ces conditions et ces formalités, qui dépendent ainsi de son bon vouloir et de sa bonne foi.

74. — Ne serait-il pas possible d'y trouver une sanction, en considérant comme voleur, celui qui, ayant

trouvé une chose perdue, n'en aurait pas fait la déclaration et la remise à l'autorité ?

Ceci soulèverait d'abord une première question, à savoir : si celui qui s'empare d'une chose perdue, même avec l'intention de se l'approprier, commet véritablement un vol, dans le sens de la loi pénale.

En effet, pourrait-on dire, aux termes de l'article 379 du Code pénal, le voleur est celui *qui soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas;* or, ce mot : *soustrait, soustraction,* implique l'idée que l'auteur du fait a déplacé et détourné la chose du lieu où elle avait été placée par le propriétaire lui-même, ou par quelqu'un en son nom ; dès lors, cette définition du vol ne peut pas être appliquée à l'inventeur d'une chose perdue qui, certainement, n'avait pas été mise par le propriétaire à l'endroit où elle a été trouvée, et qui, par le fait même de cette perte, était déjà, en quelque sorte, séparée de celui auquel elle appartenait. On ne saurait nier d'ailleurs qu'il existe, même au point de vue de l'appréciation morale, une différence entre les deux faits. Il en est plus d'un qui ne voudrait pas prendre la moindre valeur dans la poche d'autrui, et qui s'emparerait, sans trop de scrupule, d'une chose perdue comme d'une bonne trouvaille; c'est même un préjugé assez répandu, qu'il est permis de le faire ! et plusieurs criminalistes, tout en blâmant la conduite de l'inventeur qui s'approprie l'objet, ont aussi enseigné que ce fait n'est pas un vol (comp., Bourguignon, *Jurisp. des Cod. crim.*, t. III, p. 361 ; Carnot, *Comment. du Code pén.* sur l'article 379, observ. addit., n° 1, et 383, n. 4 ; Legraverend, t. II, p. 129 ; Rauter, *Traité de droit crim.*, n° 507).

On pense plus généralement néanmoins, et suivant nous, avec raison, que le mot soustraction, dans notre loi pénale, exprime l'idée du droit romain, qui définissait le vol : *contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia* (§ 1, Inst., *de oblig. quæ ex del. nasc.*). Ce mot n'exprime donc

pas nécessairement le déplacement de la chose du lieu où le propriétaire l'avait mise, mais bien plutôt le maniement de cette chose, *contrectatio*, dans l'intention frauduleuse de se l'approprier (comp. L. 44, § 4, ff. *de furtis;* Vinnius, sur le § 48, Inst., *de rer. div.;* Cass., 29 mai 1828, Lacroix, Dev. et Car. *Coll. nouv.* 9, I, 105; Cass., 23 juill. 1830, Mabire, D., 1830, I, 379; Cass., 28 mars 1846, Soulhat, Dev., 1846, I, 328; Paris, 9. nov. 1855, Durufle, *le Droit* du 15 nov. 1855; Chauveau et Hélie, t. VI, p. 579; Devilleneuve, *Observations sur l'arrêt précité de la Cour de Paris,* 1856, II, 49, notes 1 et 2).

Mais s'ensuit-il que le défaut de déclaration suffise pour que l'on doive décider, contre l'inventeur, qu'il a eu l'intention frauduleuse de s'approprier la chose perdue? on ne saurait aller jusque-là (comp. Orléans, 6 sept. 1853, Fouchar, Dev., 1856, II, 54). Les anciennes coutumes se bornaient, en ce cas, à prononcer contre lui des amendes légères, excepté seulement la coutume de Bretagne (art. 47), d'après laquelle il pouvait être poursuivi comme voleur; mais c'était là une disposition exceptionnelle (comp. Pothier, *de la Propriété*, n° 70; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Propriété*, section I, n° 11).

Le défaut de déclaration par l'inventeur sera donc seulement un des éléments, et il faut ajouter, certes, un des éléments les plus graves, à l'effet d'établir son intention frauduleuse de s'approprier la chose perdue; on recherchera, en outre, si au moment même où il l'a trouvée, il n'a pas fait plus encore; s'il n'a pas pris ses précautions pour empêcher le propriétaire d'en retrouver les traces et pour s'assurer à lui-même la conservation de cette chose ou de sa valeur, en la vendant. Si ces faits sont prouvés, nous pensons qu'il sera véritablement un voleur et qu'il devra être puni comme tel (comp. Merlin, *Rép.*, v° *Vol.;* Demante, t. II, n° 14, *bis,* III).

75. — Ne pourrait-on pas même aller plus loin et sou-

tenir qu'alors même qu'il ne serait pas prouvé contre l'inventeur, qu'au moment où il a trouvé la chose, il a eu l'intention de se l'approprier, il est devenu ensuite voleur, si, après la réclamation formée par le propriétaire, il ne l'a pas représentée, et surtout si, interpellé directement par le propriétaire, ou par l'autorité publique, il a nié avoir trouvé cette chose et qu'il ait été convaincu de l'avoir trouvée.

On l'a soutenu, en effet, ainsi; et même des décisions judiciaires ont consacré cette doctrine.

On a dit que, puisque la soustraction frauduleuse n'était autre que le maniement de la chose d'autrui, *lucri facienda causa*, ce maniement pouvait devenir frauduleux, depuis la prise de possession, lorsque la rétention, qui était faite de la chose, recevait le caractère de criminalité des circonstances postérieures (comp. Cass., 5 juin 1817, Sirey, 1818, I, 123; Nîmes, 16 juin 1819, Almeras, Sirey, 1819, II, 279; Grenoble, 2 juin 1825, Valentin, Sirey, 1826, II, 2; Cass., 4 avril 1823, Mallet, Favard, *Rép.*, v° *Propriété*, sect. 1; Cass., 9 août 1832, Lembery, D., 1833, I, 340; Cass., 13 avril 1843, Conaty, et le rapport de M. le conseiller Rocher, Dev., 1843, 1, 623; Duranton, t. IV, n° 327).

Cette doctrine nous paraît toutefois très-contestable; et nous ne croirions pas qu'en matière pénale, on pût raisonner ainsi et admettre, après coup, une telle interversion de la possession antérieurement acquise. C'est ainsi qu'il n'y a *recel* punissable, qu'autant que celui qui a reçu les objets volés, avait connaissance du vol au moment où il les a reçus, et que, s'il les a reçus de bonne foi, la connaissance postérieure qu'il en aurait acquise ensuite, ne suffirait pas pour le rendre coupable. Ce que l'on peut dire seulement, c'est que rien ne s'oppose à ce que l'intention frauduleuse de l'inventeur de s'approprier la chose, au moment même où il l'a appréhendée, soit constatée à l'aide de circonstances postérieures au fait matériel de

l'appréhension. Et cette remarque serait peut-être un moyen de conciliation entre plusieurs arrêts, en apparence peu conformes, qui ont été rendus sur cette question (comp. art. 63, Code pén., art 1938, Code Napol.; Cass., 2 août 1816, Noulet, Sirey, 1817, I, 52; Lyon, 17 janv. 1828, Vallet, Sirey, 1828, II, 198; Cass., 2 sept. 1830, Grivet, Dev., 1830, I, 400; Cass., 2 avril 1834, Huet; Cass., 24 juin 1836, J..., D., 1836, I, 309 et 310; Cass., 7 févr. 1834, *J. du dr. crim.*, 1834, p. 77; Orléans, 6 sept. 1853, Fouchard, Dev., 1856, II, 54; Cass., 7 sept. 1855, Lavoye, Dev., 1856, I, 81; Paris, 9 nov. 1855, Durufle, *le Droit* du 15 nov. 1855, et Dev., 1856, II, 49; Chauveau et Hélie, t. I, p. 480; Trébutien, *Cours de dr. crim.*, t. I, p. 188).

76. — Il ne faudrait pas d'ailleurs assimiler à l'inventeur d'une chose perdue, celui dans les mains duquel aurait été remise, par une circonstance quelconque, une chose volée; comme, par exemple, un orfévre ou un bijoutier, auquel un inconnu serait venu proposer, pour le vendre, quelque bijou, si cet inconnu, craignant d'être découvert, s'était enfui laissant le bijou aux mains du marchand. Ces sortes d'objets n'ont pas été *trouvés*, et ils doivent être remis à l'autorité publique, qui, si le propriétaire demeure ignoré, les fait vendre au profit de l'État (comp. *infra*, n° 77; Pothier, *de la Propriété*, n° 79; *voy.* toutefois Proudhon, *du Dom. privé*, t. I, n° 409).

77. — *4° De certaines choses égarées dans des cas particuliers et qui sont assimilées aux épaves* (*supra*, n° 62).

Le renvoi qui est fait par notre article 717 à des lois particulières, en ce qui concerne les droits sur les choses perdues, ce renvoi, disons-nous, est exact dans plusieurs cas; il y a, en effet, certaines épaves pour lesquelles il existe des dispositions spéciales; et alors, bien entendu, ces dispositions doivent être observées.

Ainsi : 1° La loi du 11 germinal an IV, qui prescrit l'emploi des effets mobiliers déposés dans les greffes et

conciergeries des tribunaux, dispose que ceux de ces objets qui ne sont pas réclamés après que le procès est terminé par jugement dernier ou que l'action est prescrite, sont vendus, et que les propriétaires n'ont qu'une année à partir de la vente pour en réclamer le prix; mais d'après une ordonnance du 22 février 1829 (art. 2), ce délai a été prolongé jusqu'au terme de trente ans, conformément à l'article 2262 du Code Napoléon (comp. aussi Ordonn. du 23 janvier 1831, et du 9 juin 1831).

2° Un décret du 13 août 1810 dispose que les balles, caisses, malles, paquets, etc., qui ont été confiés à des entrepreneurs de roulage ou de messageries par terre ou par eau, lorsqu'ils n'ont pas été réclamés dans les six mois de l'arrivée au lieu de leur destination, seront vendus, après toutefois publication préalable, à la diligence de la régie des domaines. L'article 5 du décret accorde aux propriétaires un délai de deux ans pour en réclamer le prix (comp. Déclaration du 20 janvier 1699).

3° D'après la loi du 6 août 1791, titre IX, les ballots, balles ou marchandises quelconques, qui ont été abandonnés dans les bureaux des douanes, sont vendus, après publication, au bout d'un an; et le prix en est attribué à l'État, si, après l'expiration d'une nouvelle année depuis la vente, le propriétaire des objets vendus ne le réclame pas (art. 5).

4° La loi du 31 janvier 1833 déclare définitivement acquises à l'État les sommes versées aux caisses des agents des postes pour être remises à destination, et dont le remboursement n'aura pas été réclamé par les ayants droit dans un délai de huit années, à partir du jour du versement des fonds.

E. — *De l'occupation du butin par la guerre, bellica.*

SOMMAIRE.

78. — Du butin fait sur l'ennemi. — Des prises maritimes.

78. — Nous nous bornons à mentionner ici ce dernier mode d'occupation, que l'on a nommé *occupatio bellica*, et dont les règles sont en dehors du véritable et paisible domaine de nos études. Qu'il nous suffise de dire qu'en effet, l'occupation du butin fait sur l'ennemi est une manière d'acquérir, lorsqu'elle a lieu conformément aux droits de la guerre (Inst., § 17 *de rer. div.*) Il n'y a toutefois sur ce sujet, dans notre législation, de dispositions spéciales que pour les prises maritimes (comp. Ord. sur la marine de 1681, tit. IX et X; règlement du 26 juillet 1778; arrêté du 2 prairial an XI; Pothier, *de la Propriété*, nos 86 et suiv.; Toullier, t. II, n° 371; Proudhon, *du Dom. privé*, t. I, nos 335 et suiv.; Duranton, t. IV, nos 335 et suiv.; Massé, *Droit comm.*, t. I, nos 118 et suiv., et nos 153 et suiv.).

TITRE PREMIER.

DES SUCCESSIONS.

EXPOSITION.

SOMMAIRE.

79. — Succéder, c'est venir après un autre et prendre sa place; en ce sens, le mot *succession* s'applique, ainsi que nous l'avons vu, à toutes les manières dérivées d'acquérir (*supra*, n° 10).

Mais, dans l'acceptation spéciale où nous devons désormais l'employer, le mot *succession* éveille une idée de mort; et il exprime la transmission de l'universalité des droits actifs et passifs d'une personne décédée à la personne survivante, que la loi appelle à les recueillir: *hæreditas nihil aliud est quam successio in universum jus, quod defunctus habuit* (L. 62, ff. *de reg. jur.*). C'est en ce sens que l'article 718 déclare que la *succession s'ouvre*..., c'est-à-dire que la transmission s'opère par la mort.

On désigne encore par le mot *succession*, l'universalité elle-même, qui fait l'objet de cette transmission légale.

Le mot *hérédité* est aussi employé souvent comme synonyme du mot *succession*, dans la double acception que celui-ci présente, et particulièrement dans la dernière (*voy*. art. 1696). On se sert même encore aujourd'hui,

quoique plus rarement, de l'ancien terme *hoirie*, comme synonyme de *succession* ou d'*hérédité*.

80. — En droit romain, la succession, ou plus exactement l'hérédité, était testamentaire ou légitime, c'est-à-dire que la volonté de l'homme faisait un héritier tout aussi bien que la loi; et même, l'hérédité testamentaire précédait l'hérédité légitime, de telle sorte que celle-ci ne s'ouvrait que subsidiairement, en second ordre, et seulement lorsqu'il était certain qu'il n'y aurait pas d'héritier testamentaire. C'est qu'en effet, d'après leurs mœurs et leurs idées particulières, les Romains considéraient qu'il y avait une sorte de déshonneur à mourir *intestatus* (comp. Inst. de Just., § 1 et 7, *de hæredit. quæ ab intest. defer.*).

Autrefois, en France, dans les provinces de droit écrit, la succession était également testamentaire ou légitime, c'est-à-dire que les institutions d'héritiers pouvaient être faites par testament.

Mais les lois et les mœurs étaient, dans les provinces coutumières, très-différentes : *hæredes gignuntur, non scribuntur*, y disait-on énergiquement; ou encore : *Solus Deus hæredem facere potest, non homo;* ou enfin : *Institution d'héritier n'a point lieu !* (Comp. Symacchus, *epist.*, I, 15; Glanville, *de legibus Angliæ*, lib VII, cap. I; Loysel; *Inst. cout.*, liv. II, tit. IV, règle 5, édit. Dupin et Laboulaye, t. I, 298; Laferrière, *Histoire du droit*, t. II, p. 88 et 521).

Telles étaient les maximes de nos coutumes, qui, en effet, ne reconnaissaient qu'une seule espèce de succession et d'héritiers : la succession déférée par la loi et les héritiers légitimes. Point d'héritiers testamentaires ! mais seulement des légataires obligés de demander à l'héritier appelé par la loi, la délivrance de leur legs, et tenus seulement des dettes à cause et jusqu'à concurrence des biens qu'ils recueillaient. Nous verrons toutefois que la volonté de l'homme pouvait faire un héritier, non pas, il est vrai, par un testament, mais par un contrat; telle était

la prérogative spéciale de l'institution contractuelle (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. VI, n° 271 ; Pothier, *des Succes.*, art. prél. et chap. v, art. 5, n° 1 ; Lebrun, *des Success.*, liv. IV, chap. II, sect. I, n° 3; Loysel, *Inst. cout.*, *loc supra cit.*, règles 9 et 10).

C'est une thèse depuis longtemps et encore aujourd'hui fort agitée, que celle de savoir quel est le parti que les rédacteurs du Code Napoléon ont adopté sur ce point.

Les uns enseignent que la succession est, sous l'empire de notre Code, légitime ou testamentaire, et que nous pouvons encore avoir aujourd'hui, comme autrefois, dans les pays de droit écrit, des *héritiers institués* (comp. Merlin, *Rép.*, v° *Légataire*, § 7, art. 1, n° 17; Delvincourt, t. II, p. 11 ; Toullier, t. II, n° 68 ; Taulier, t. IV, p. 150-154; Mourlon, *Rép. écrit*, t. II, p. 8).

Les autres, au contraire, prétendent que le Code Napoléon ne reconnaît, comme le droit coutumier, qu'une seule espèce de succession et une seule espèce d'héritiers, à savoir : la succession légitime et les héritiers légitimes; et que la volonté de l'homme ne peut jamais faire que de simples légataires (comp. Duranton, t. VII, n° 14; Aubry et Rau, t. V, p. 425, 426; Poujol, *des Succes.*, sur l'article 871, n° 6; Marcadé, art. 722, n° 8).

Ce n'est pas ici le lieu de nous occuper des caractères et des effets des différentes dispositions à titre gratuit, qui peuvent être faites par la volonté de l'homme.

Nous présenterons toutefois, dès à présent, quelques observations qui nous paraissent de nature à préparer d'avance la solution des difficultés que cette thèse suscitera dans notre titre même des successions; car nous rencontrerons dans ce titre les légataires et les donataires universels ou à titre universel; et nous aurons à décider la question fort importante de savoir de quelle manière ils sont tenus, avec les héritiers légitimes, des dettes et charges de la succession (art. 871-875).

Eh bien donc, il faut d'abord reconnaître qu'en déclarant, dans l'article 711, que la propriété des biens s'acquiert par *succession, par donation entre-vifs ou testamentaire*, les rédacteurs du Code Napoléon ne paraissent comprendre, sous ce mot *succession*, que la succession ab intestat. Et en effet, ils organisent, en premier ordre, la succession légitime, qui forme, chez nous, la règle générale et le droit commun; puis, lorsque ensuite ils s'occupent de la transmission des biens par la volonté de l'homme, ils ne se servent plus des mots *succession* ni *héritiers*. C'est dans le titre des *donations entre-vifs* et des *testaments* qu'ils en posent les principes; et là, on ne trouve plus que des donations ou des legs, des donataires ou des légataires; car si, quelques articles de ce titre (*des donations entre-vifs et des testaments*) ont employé des dénominations d'*hérédité* ou d'*héritier institué*, il semble bien que ces dénominations, d'après le système général du Code, n'y ont été placées que comme synonymes des mots *legs* ou *légataire* (comp. art. 896, 1002, 1037, 1085).

Cette remarque est exacte, en ce sens qu'elle constate la terminologie de notre Code; et il est vrai de dire, sous ce rapport, que ceux-là qui sont appelés par la loi à recueillir tout ou partie des biens d'une personne décédée, ont seuls le nom d'*héritiers;* tandis que ceux qui les recueillent en tout ou en partie, par la volonté de l'homme, ne sont, d'après le Code, de quelque nom que le disposant les ait appelés, que des *légataires* et des *donataires* (art. 1002).

Tel est, à ce que nous croyons, le résultat de toutes les opinions plus ou moins contradictoires, qui se sont produites dans la discussion du conseil d'État sur la question de savoir si nous aurions encore ou si nous n'aurions plus *des institutions d'héritier* (comp. Locré, t. XI, p. 247, 253, 468 et t. XII, p. 8 et 9).

Ce résultat n'est pas, comme nous le verrons, de beau-

coup d'importance; et c'est avec raison, suivant nous, que M. l'avocat général Nicias Gaillard a écrit que « sur ce point, les qualifications ont perdu beaucoup de leur valeur et que les choses ont pris la place des mots.... » (*Rev. crit. de jurisprudence*, 1852, p. 452.)

Que l'on reprenne donc, si l'on veut, ceux qui prétendent qu'il peut y avoir, sous notre Code, des *héritiers institués*. Soit! le Code ne reconnaît que des *légataires*.

Mais au fond des choses, quels sont les effets du legs ou de la donation, soit de l'universalité, soit d'une quote-part de l'universalité des biens du défunt?

Voilà la vraie question, la question sérieuse et pratique. Nous y viendrons plus tard. Qu'il nous suffise de remarquer ici que notre Code s'est attaché à la vérité même des faits, et que tout en n'appelant pas du nom d'*héritiers* les légataires universels ou à titre universel, il a reconnu en eux, des successeurs *in universum jus defuncti*, et qu'il les a traités, en conséquence, sous beaucoup de rapports, comme s'ils étaient des héritiers : *loco hæredum*. L'article 1006 nous en fournit surtout la preuve la plus frappante; car il accorde la saisine au légataire universel, à l'exclusion de l'héritier légitime, qui se trouve ainsi complétement supplanté; la vérité est que dans ce cas, il n'y a point de succession ni d'héritier légitime; et que manque-t-il alors à ce légataire universel pour être, de tout point, *un héritier institué*, que lui manque-t-il, disons-nous, si ce n'est seulement ce nom, qu'on ne lui donne pas? (Comp. L. 128, § 1, ff. *de regul. juris.;* art. 871, 873, 1009, 1011, 1012, 2111; Cass., 13 août 1851, Toussaint, Dev., 1851, I, 657; Toulouse, 9 juin 1852, mêmes parties, *J. du P.*, 1852, I, 481; Félix Berriat-Saint-Prix, *Rev. crit. de juris.;* 1852, p. 97 et 167; Nicias Gaillard, *loc. supra cit.;* Troplong, *des Donat. et des Test.*, t. IV, nos 1836 et 1840.)

80 *bis*. — Cette manière d'envisager la thèse que nous venons d'exposer, nous permet aussi dès à présent

de résoudre, à grands traits, une question importante qui s'y rattache, à savoir :

Si les dispositions du titre des successions sont applicables aux donations entre-vifs et aux testaments, et s'il faut appliquer aux légataires les articles dans lesquels le Code dispose pour les héritiers?

A notre avis, cette application devra être faite toutes les fois que les légataires ou les donataires, soit universels, soit à titre universel, d'après les effets mêmes que le Code attribuera à chacune de ces dispositions, se trouveront dans une situation exactement semblable à celle de l'héritier, *loco hæredis*.

Et, en conséquence :

1° Nous leur appliquerons, comme c'est d'ailleurs l'opinion commune, les articles relatifs aux formes et aux effets du partage, et à la garantie des lots; articles qui, en effet, n'ont rien de spécial à la matière des successions, et que la loi elle-même a étendus à toutes les hypothèses où plusieurs personnes se trouvent dans un état d'indivision, de quelque cause que cette indivision procède (comp. art. 815, 883, 884 et suiv., art. 1872, 1476).

2° Nous pensons même aussi, quoique cette proposition soit, au contraire, fort débattue, qu'il faudra leur appliquer les articles relatifs au bénéfice d'inventaire.

Mais c'est seulement lorsque nous en serons arrivés à ce sujet que les différentes généralités qui précèdent pourront recevoir la précision qui leur est nécessaire.

80 *ter.* — Au reste, ce qui est incontestable, c'est que les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas admis que l'homme ne pût pas mourir *pro parte testatus, pro parte intestatus.*

La succession ab intestat peut donc concourir avec le testament ou la donation, et les héritiers légitimes avec les légataires ou les donataires (art. 871, 875, 895, etc.; comp. Locré, t. XI, p. 468).

81. — Sous quelque point de vue que l'on considère la matière des successions ab intestat, l'importance en est manifeste. Il n'en est pas qui occupe, dans le domaine de la science, une place plus considérable et qui se recommande davantage à l'attention du jurisconsulte; les intérêts, qui s'y trouvent chaque jour engagés, embrassent la fortune entière des familles; et sous un autre rapport, on sait l'intime relation qui unit cette branche du droit privé au droit public, et que l'histoire des successions ab intestat, chez les différents peuples, est presque exactement l'histoire même de leur organisation sociale et de leurs institutions politiques.

Le régime des successions consacré par le Code Napoléon a été l'objet d'assez vives critiques; on a dit qu'il n'avait aucun but déterminé, aucun système qui lui fût propre, et qu'on ne pouvait pas reconnaître s'il avait pris pour base l'équité ou les affections présumées du défunt, ou ses devoirs de famille, ni s'il reposait sur l'ancienne idée du droit germanique d'une sorte de copropriété antérieure de la famille dans les biens laissés par le défunt (comp. Toulier, t. II, nos 141 et suiv.; Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. II, p. 232).

Ces reproches nous ont toujours paru fort injustes.

Nous pourrions remarquer d'abord combien la tâche des nouveaux législateurs était, en 1804, ardue et délicate. Il ne s'agissait de rien moins que de fonder la société française sur une base nouvelle, au milieu des débris incohérents de toutes ces législations antérieures, si diverses, si contradictoires, qui jonchaient encore le sol de toutes parts!

Mais, indépendamment même des difficultés si considérables de cette œuvre de transition et de conciliation entre l'ère ancienne qui finissait, et l'ère nouvelle qui allait s'ouvrir, le titre du Code Napoléon sur les successions légitimes serait encore, suivant nous, à l'envisager d'une manière absolue, l'une des lois les meilleures qui

aient été faites sur ce sujet, parce qu'elle est tout à la fois conforme aux vœux des citoyens et des familles et aux principes politiques sur lesquels repose la société, qu'elle est appelée à gouverner.

D'une part, les affections présumées du défunt, ses affections honnêtes et bien réglées, et par conséquent aussi ses devoirs de parenté;

D'autre part, l'équité, l'esprit de famille, et dans une certaine mesure, à l'égard des enfants, l'idée d'une sorte de continuation de la propriété du patrimoine du *de cujus;* les mœurs générales du pays; l'intérêt politique de l'État;

Telle est la double base sur laquelle il est facile de reconnaître que le régime nouveau a été édifié.

Aussi, verrons-nous bientôt qu'en effet, dans la plupart de ses applications, notre loi des successions ab intestat se présente, en toute vérité, comme le testament tacite et présumé de celui qui n'a pas expressément disposé de ses biens; de même qu'elle est l'expression fidèle de l'esprit nouveau qui a pénétré si profondément dans notre société moderne, de cet esprit d'égalité, que notre ancien droit français avait complétement méconnu, que le droit intermédiaire avait poussé jusqu'aux plus dangereux excès, et que le législateur de 1804 a su établir dans ce convenable degré de modération et de prudence, qui représente exactement les mœurs des familles et l'esprit public du pays; avec cette prudence et cette modération, disons-nous, qui caractérisent les bonnes lois et qui en assurent la durée.

Ce n'est donc pas à quelques imperfections de détail, qu'il faut s'attacher pour apprécier, comme il convient, un tel monument; c'est à son ensemble, c'est à l'ordonnance tout entière qui y règne; et plus nous l'étudions à ce point de vue, plus nous le regardons, pour notre part, avec admiration (*voy.* d'ailleurs *infra*, n° 380).

82. — La matière des successions ab intestat présente

naturellement une division en trois parties; et elle forme, s'il était permis de s'exprimer ainsi, une sorte de drame en trois actes :

Dans le premier, nous assistons à l'ouverture de la succession et aux vocations héréditaires;

Le second met en scène les successeurs du défunt, appelés par la loi à se prononcer sur les différents partis qu'ils peuvent prendre entre la renonciation et l'acceptation pure et simple ou bénéficiaire ;

Enfin, dans le dernier acte, se développent les conséquences de la détermination qu'ils ont prise, soit à l'égard des tiers, soit entre eux, lorsqu'il y a plusieurs héritiers.

La distribution générale de notre titre en six chapitres, correspond exactement à cette trilogie naturelle du sujet.

Le chapitre I traite : *De l'ouverture des successions et de la saisine des héritiers ;*

Le chapitre II : *Des qualités requises pour succéder ;*

Le chapitre III : *Des divers ordres de succession (régulière) ;*

Le chapitre IV : *Des successions irrégulières ;*

Le chapitre V : *De l'acceptation et de la répudiation des successions ;*

Le chapitre VI : *Du partage et des rapports.*

Nous suivrons exactement cet ordre.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'OUVERTURE DES SUCCESSIONS ET DE LA SAISINE DES HÉRITIERS.

SOMMAIRE.

83. — Division.

83. — Ce chapitre premier, ainsi que son titre l'annonce, renferme deux ordres de dispositions :

1° *De l'ouverture des successions*, c'est-à-dire par quels événements les successions s'ouvrent-elles?

2° *De la saisine des héritiers*, c'est-à-dire de quelle manière s'opère la transmission des biens du défunt au successeur qui le remplace, et quels sont les effets généraux de cette transmission?

Nous allons examiner successivement ces deux points.

SECTION I.

DE L'OUVERTURE DES SUCCESSIONS.

SOMMAIRE.

84. — Les successions s'ouvrent par la mort naturelle. — La mort civile n'est plus aujourd'hui une cause d'ouverture de la succession.
85. — La profession religieuse ouvrait autrefois la succession. — Il n'en est pas ainsi dans notre droit.
86. — C'est au moment exact et précis de la mort que la succession s'ouvre. — Conséquence de ce principe.
87. — Ceux qui réclament une succession, ont trois choses à prouver :
88. — 1° Il faut d'abord prouver la mort naturelle, le *décès* du *de cujus*. — Comment cette preuve peut-elle être faite?
89. — Suite. — *Quid*, dans les cas extraordinaires où le corps de la personne décédée n'aurait pu être retrouvé ou reconnu?
90. — L'absence prolongée jusqu'à l'envoi en possession définitif, ne doit-elle pas être assimilée à la preuve du décès?
91. — 2° Il faut prouver le moment précis et exact de la mort du *de cujus*. — De quelle manière cette preuve peut-elle être faite?
92. — 3° Enfin, il faut que ceux qui réclament une succession, prouvent l'existence ou au moins la conception, à l'instant du décès du *de cujus*, de celui que l'on prétend lui avoir succédé. — De quelle manière se fera cette preuve? — *Quid*, si deux ou plusieurs personnes respectivement appelées à la succession l'une de l'autre, sont mortes dans le même événement?
93. — Du droit romain et de notre ancien droit français sur cette thèse des *commorientes*.
94. — Le Code Napoléon est le premier qui ait organisé, sur cette matière, un système de présomptions de survie. — Textes des articles 720, 721 et 722.
95. — Il importe de bien déterminer d'abord l'hypothèse que ces articles ont prévue et réglée. — Exemples.
96. — Les articles 720 à 722 consacrent, dans un ordre graduel et subsidiairement les uns aux autres, trois genres de preuves :
97. — 1° D'abord, il faut chercher à établir la preuve directe et positive des prédécès et des survies. — Par quels moyens?
98. — 2° A défaut de preuve directe et positive, la présomption de survie

est déterminée par les circonstances du fait. — Ce second mode de preuve n'est encore, comme le premier, que l'application du droit commun.

99. — Suite. — Les juges peuvent-ils avoir égard à l'état de santé ou de maladie, ou à la force plus ou moins grande de complexion de ceux qui ont péri ensemble?

100. — 3° Si l'on ne peut fournir la preuve ni directe ni indirecte de l'ordre des décès, la loi établit des présomptions de survie basées sur la force de l'âge et du sexe. — Exposé de ce système de présomptions.

101. — Suite. — *Quid*, si parmi les *commorientes*, les uns se trouvent dans la première catégorie, tandis que les autres feraient partie soit de la seconde, soit de la troisième?

102. — Suite.

103. — Aux présomptions de survie établies par les articles 721-722, il faut ajouter celles qui sont établies par la loi du 20 prairial an IV. — Texte de cette loi. — Observation.

104. — De quelle manière pourra être faite la preuve de l'âge respectif de chacun des *commorientes*.

105. — Suite. — Si deux jumeaux avaient péri ensemble, comment pourrait-on établir, entre eux, la différence des âges?

106. — Les présomptions de survie établies par les articles 721-722 et par la loi du 20 prairial an IV, sont applicables aux successeurs irréguliers aussi bien qu'aux héritiers légitimes.

107. — Lorsque les *commorientes* étaient respectivement appelés à la succession l'un de l'autre, les présomptions de survie sont applicables, sans qu'il y ait lieu de distinguer si leurs droits, dans leurs successions réciproques, étaient semblables ou différents, ni s'ils étaient à des degrés égaux ou inégaux par rapport à l'auteur commun.

108. — Lorsque les présomptions légales de survie sont applicables, le bénéfice qui en résulte, profite à tous ceux qui ont des droits à exercer dans la succession de celui des *commorientes*, qui est présumé avoir survécu. — Exemples.

109. — Les présomptions de survie établies par les articles 721, 722, peuvent-elles être appliquées à d'autres hypothèses que celle qui a été prévue par ces articles? Exposition.

110. — Est-il vrai que les présomptions de survie, édictées dans les articles 721, 722, fussent réclamées par la nécessité? Exposition. — Démonstration.

111. — Solution générale : les présomptions édictées par les articles 721, 722 ne s'appliquent, en matière de succession ab intestat, qu'à la seule hypothèse où les *commorientes* étaient respectivement appelés à la succession l'un de l'autre; et elles ne s'appliquent à aucune hypothèse quelconque en toute autre matière.

112. — A. 1° Même en matière de succession ab intestat, les présomptions légales des articles 721, 722 ne sont pas applicables, lorsque les *commorientes* n'étaient pas appelés respectivement à la succession l'un de l'autre, mais que l'un d'eux seulement, était héritier présomptif de l'autre, sans réciprocité de vocation.

113. — Suite. — Si deux frères, dont l'un a des enfants, ont péri dans le même événement, sans qu'on puisse établir la survie de l'un ou de

l'autre, les enfants de l'un des frères décédés pourront-ils recueillir la succession de leur oncle, soit de leur chef, soit par représentation?

114. — 2° Les présomptions légales des articles 721, 722 ne sont pas applicables au cas même où les *commorientes*, respectivement appelés à la succession l'un de l'autre, auraient péri dans des événements différents, ni au cas où on les aurait trouvés tous les deux morts de maladie, ou par toute autre cause, dans la même chambre ou dans les lieux différents, sans qu'il fût possible de déterminer l'ordre des décès.

115. — 3° La même solution doit être appliquée au cas où les *commorientes* seraient respectivement appelés à la succession l'un de l'autre, s'il était impossible de déterminer, entre eux, la différence des âges.

116. — 4° *Quid*, si les *commorientes*, étant respectivement appelés à la succession l'un de l'autre, l'un d'eux, qui n'avait pas d'héritier à réserve, avait institué un légataire universel?

117. — B. Les présomptions de survie décrétés par les articles 721, 722 ne sont pas applicables en matière de libéralités, soit testamentaires, soit entre-vifs ou contractuelles. — Démonstration.

118. — Suite. — *Quid*, si les *commorientes* étant respectivement appelés à la succession l'un de l'autre, celui qui serait présumé avoir survécu, d'après les articles 721, 722, se trouvait en même temps légataire de l'autre par préciput et hors part?

119. — Les questions de survie ou de prédécès, en matière de libéralités testamentaires ou entre-vifs, doivent donc être décidées d'après les règles du droit commun. — Les juges pourraient-ils, en cas pareil, prendre en considération la force de l'âge ou de sexe des *commorientes*, et s'approprier les présomptions de survie des articles 721, 722?

84. — Aux termes de l'article 718 :

« Les successions s'ouvrent par la mort naturelle et « par la mort civile. »

Et l'article 719 ajoutait que :

« La succession est ouverte par la mort civile, du mo-« ment que cette mort est encourue, conformément aux « dispositions de la section II du chapitre II, du titre *de* « *la jouissance et de la privation des droits civils.* »

La mort civile étant aujourd'hui abolie par la loi du 31 mai 1854, cette cause d'ouverture de la succession n'existe plus. On peut voir d'ailleurs sur ce sujet les développements que nous avons fournis (dans notre t. I, nos 199 et suiv.).

85. — Les successions s'ouvraient aussi, dans notre ancien droit français, par la profession religieuse, qui emportait le renoncement au monde ou *au siècle*, comme

on disait, et par suite la mort civile (comp. Pothier, *des Success.*, chap. III, sect. I, § I; et *des Personnes*, nos 28, 29).

Mais nos lois nouvelles n'ont jamais admis ces principes (*voy.* notre t. I, n° 200).

86. — Reste donc la mort naturelle, ou, en d'autres termes, *le décès*, comme la seule cause aujourd'hui de l'ouverture des successions. Il n'y a pas, il ne saurait jamais y avoir de *succession* d'un homme vivant... *Nulla est viventis hæreditas* (comp. art. 791, 1130, 1600).

D'après notre article 719, les successions s'ouvrent *par* la mort naturelle; cette formule est notable; elle prouve que c'est au moment même de la mort, à ce moment précis et suprême, où le dernier souffle de vie se retire, que la transmission légale s'opère, immédiatement, sans intervalle, sans aucune solution de continuité.

D'où la conséquence que, en effet, c'est à ce moment même qu'il faut s'attacher, pour déterminer la qualité et la capacité de ceux qui doivent recueillir le droit qui s'ouvre.

Or, comme la condition nécessaire pour succéder, c'est d'exister *à l'instant de l'ouverture de la succession* (art. 725), il s'ensuit que c'est à cet instant même que l'existence du successeur est tout à la fois nécessaire et suffisante.

Nécessaire; car il n'y a pas d'incapacité plus grande que le néant! et dès lors, si celui qui se prétend successeur, n'était pas né à l'instant de l'ouverture de la succession, au moins faut-il prouver qu'il était déjà conçu;

Suffisante; car s'il existait à l'instant de l'ouverture de la succession, il l'a recueillie; et il importe peu qu'il soit ensuite décédé lui-même presque immédiatement; n'eût-il survécu que d'une minute, cela suffit, en effet, pour que la succession qu'il a acquise, ait été par lui transmise avec sa propre succession (art. 781).

« La mort, l'ouverture de la succession, la dévolution

de l'hérédité, dit fort bien Taulier, sont, d'après nos lois, trois faits uns et indivisibles. » (T. III, p. 114.)

87. — On voit, d'après ce qui précède, que ceux qui réclament une succession, ont trois choses à prouver, savoir :

1° La mort naturelle de celui *de cujus hæreditate agitur* (par abréviation : du *de cujus*) ;

2° Le moment exact et précis de cette mort ;

3° L'existence, ou au moins la conception, à ce moment, de celui que l'on prétend avoir succédé au défunt.

88. — 1° La preuve de la mort naturelle résulte, dans les cas ordinaires, de l'acte de l'état civil, qui constate le fait même du décès et l'individualité de la personne décédée (art. 77 ; *voy.* notre tome I, n° 302).

Mais comment pourra-t-on fournir cette preuve, dans le cas où il serait impossible de représenter un acte de décès ?

Et d'abord, si cette impossibilité provient de la circonstance que dans la commune où le décès a eu lieu, les registres n'auraient pas existé ou auraient été perdus, l'article 46 a pourvu à cette hypothèse (*voy.* notre t. I, n°s 321 et suiv.).

89. — Mais que décider dans les cas extraordinaires où le corps de la personne décédée n'aurait pas pu être retrouvé ou reconnu, comme si elle avait péri dans l'éboulement d'une mine, dans un incendie, une inondation ou un naufrage, dans une catastrophe de chemin de fer ou autre ?

Un décret du 3 janvier 1813, sur l'exploitation des mines, dispose que :

« Lorsqu'il y aura impossibilité de parvenir jusqu'au lieu où se trouvent les corps des ouvriers qui auront péri dans les travaux, les exploitants, directeurs, et autres ayants cause, seront tenus de faire constater cette circonstance par le maire ou autre officier public qui en dressera procès-verbal, et de le transmettre au procureur

impérial, à la diligence duquel, et sur l'autorisation du tribunal, cet acte sera annexé au registre de l'état civil. »

Ce procès-verbal, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, paraît donc destiné à remplacer l'acte de décès, quant à l'ouverture de la succession (*voy.* notre t. I, n° 308).

Et nous avons dit aussi que l'on s'accordait fort justement à appliquer les prescriptions de ce décret à tous les autres événements du même genre.

Il est bien clair, du reste, que tous les autres modes de preuve, la preuve par témoins et les présomptions, seraient également admissibles, en cas pareil, à l'effet d'établir le fait d'un décès, dont il a été impossible de se procurer une preuve écrite et régulière (comp. Caen, 24 février 1843, Laga, *Rec. de Caen*, t. VII, p. 629, et notre tome II, n° 17).

90. — L'absence prolongée jusqu'après l'envoi en possession définitif, ne doit-elle pas être aussi assimilée à la preuve de la mort, et n'est-elle pas, en conséquence, une cause d'ouverture de la succession ?

Telle est la doctrine de Delvincourt, qui enseigne que les successions s'ouvrent par la mort soit naturelle, *soit présumée, en cas d'absence* (t. I, p. 12, note 3; comp. aussi Pothier, *des Success.*, chap. III, sect. I, § 1, et *Introd. au titre* XVII *de la Cout. d'Orléans*, n° 37).

Mais cette doctrine nous paraît tout à la fois contraire : soit aux textes mêmes de la loi qui, dans l'article 718, ne déclare la succession ouverte que par la mort naturelle, et qui déjà, dans l'article 130, avait disposé qu'en cas même d'absence, la succession sera ouverte *du jour du décès prouvé* ; soit aux principes généraux en matière d'absence, où nous avons bien vu des envois et des envoyés provisoires ou définitifs, mais jamais une succession ou des héritiers. C'est qu'en effet, l'absence, à quelquelque hauteur qu'elle arrive, est toujours, dans le système du Code Napoléon, un état d'incertitude, qui n'équivaut nullement à la preuve du décès (comp. notre

tome II, nos 151, 154 et 191 ; Toullier, t. II, n° 73; Duranton, t. VI, n° 39; Demante, t. III, n° 17 *bis*).

En ce qui concerne l'absence des militaires, nous ne pouvons que nous référer aux règles, que nous avons aussi exposées (dans notre tome II, nos 337 et suiv. ; comp. aussi Cass., 18 mars 1846, Loyer, Dev., 1846, I, 325).

91. — 2° Quant à la preuve du jour et même du moment précis et exact de la mort du *de cujus*, elle n'aura pas, dans les cas ordinaires, beaucoup d'importance, si, comme il arrive le plus souvent, ceux qui doivent succéder, ont existé assez longtemps avant et assez longtemps après le décès du *de cujus*, pour qu'il soit incontesté qu'ils existaient à l'instant même de ce décès.

Mais il se pourrait aussi qu'il en fût autrement, et que la question de savoir quel jour, ou même à quel instant précis et mathématique, le décès a eu lieu, devînt une question d'une importance décisive sur les droits des divers prétendants.

Comment donc cette preuve pourra-t-elle être faite?

Il est notable que l'article 79, qui détermine les mentions que l'acte de décès doit contenir, ne dit rien des jour et heure du décès; et nous avons déjà remarqué que si le législateur n'a pas exigé que l'acte de décès renfermât cette mention, c'est sans doute à dessein, à cause précisément de son extrême importance sur les droits des intéressés. Il n'aura pas voulu faire dépendre le sort de ces droits des déclarations de personnes le plus souvent sans qualité à cet effet, qui, même avec la plus grande bonne foi, auraient pu se tromper (il est si difficile, presque toujours, de préciser rigoureusement le moment où la vie se retire !), qui pourraient aussi quelquefois vouloir favoriser les uns au préjudice des autres, et dont les déclarations, d'ailleurs, ne sauraient être soumises à aucune vérification actuelle, à aucun contrôle immédiat (*voy.* notre tome I, n° 304).

En conséquence, de deux choses l'une :

Ou l'acte de décès ne contient pas la mention, soit du jour soit de l'heure ; et alors, la preuve pourra en être faite par tous les moyens, par témoins, par présomptions ; et dans plus d'une circonstance, il peut arriver, en effet, que l'officier de l'état civil lui-même qui le voudrait faire, ne puisse pas indiquer l'heure ni même le jour du décès, comme, par exemple, dans le cas d'un suicide, lorsqu'on ne trouve le corps que plusieurs jours après la mort, ou dans tout autre accident semblable, de meurtre ou de cas fortuit, où l'on ne sait pas, lorsque le corps est découvert, à quel jour remonte le décès (*supra*, n° 88).

Il en sera de même, *a fortiori*, lorsqu'il n'aura pas été possible de dresser un acte de décès *de visu*, comme dans le cas d'un éboulement de mine ou d'un incendie, si les corps n'avaient pas été retrouvés du tout ; les procès-verbaux, qui auraient été dressés, seront alors à prendre en considération (*supra*, n° 88).

Ou l'acte de décès qui a été dressé, énonce le jour et l'heure ; et alors, c'est là seulement une indication telle quelle, qui pourra sans doute aider beaucoup ceux qui auront intérêt à s'en prévaloir, mais qui pourrait être combattue sans le secours d'aucune inscription de faux et au moyen de toute espèce de preuves, par ceux, au contraire, qui auraient intérêt à la contester. C'est ce que nous avons établi déjà (dans notre tome I, n° 304 ; ajout. Duranton, t. VI, n° 42).

92. — 3° Enfin, avons-nous dit, il faut que ceux qui réclament une succession, prouvent l'existence, ou au moins la conception, à l'instant du décès du *de cujus*, de celui que l'on prétend lui avoir succédé (*supra*, n° 87).

Nous expliquerons bientôt de quelle manière on pourra établir que celui que l'on prétend avoir succédé, était déjà conçu à l'instant du décès, lorsqu'il est né seulement depuis le décès.

Nous avons ici à rechercher comment on pourra prouver sa survie, lorsqu'il existait avant le décès.

Il n'y aura pas de difficulté dans les cas ordinaires, lorsque, ainsi qu'il arrive le plus souvent, celui que la loi appelle à succéder, se présente lui-même, ou lorsqu'il n'est décédé qu'assez longtemps après le *de cujus*, pour qu'il soit notoire et incontesté qu'il lui a survécu.

Mais, au contraire, la question de survie peut devenir infiniment grave et délicate, dans le cas où celui qui était appelé à succéder, est mort le même jour et, à peu près, au même moment que le *de cujus*, ou plus généralement dans tous les cas où l'ordre successif des décès n'a pas été constaté et demeure incertain.

Et nous arrivons ainsi à une thèse célèbre dès longtemps dans le droit civil, à la thèse des *commorientes*, c'est-à-dire à l'hypothèse où plusieurs personnes, dont l'une était appelée à succéder à l'autre ou qui étaient appelées à se succéder réciproquement, sont mortes dans un même événement : *de duobus pariter mortuis*.

93. — Les jurisconsultes romains s'étaient souvent occupés des *commorientes*, soit en matière d'hérédité légitime ou testamentaire, soit surtout à l'occasion des substitutions fidéicommissaires, des donations entre mari et femme, et autres hypothèses analogues (comp. principalement L. 8, 9, 16, § 1, 17, 18, 22 et 23, ff. *de reb. dubiis;* L. 17, § 7 et 34, ff. *ad senatusc. Trebell.*; L. 34 et 42, ff. *de vulgar., et pup. subs.*; L. 26, ff. *de pact. dotal.;* L. 26, ff. *de mort. causa donat.*; L. 32, § 14, ff. *de donat. inter vir. et ux.*).

Mais il s'en faut bien que l'on trouve dans leurs écrits, un système complet sur cette matière; on voit seulement qu'en cas de mort, dans un commun désastre, de l'enfant et de son père ou de sa mère, *cum explorari non possit uter prior extinctus sit,* l'enfant était présumé avoir survécu, s'il était pubère, tandis que le père ou la mère était, au contraire, présumé avoir survécu à leur enfant impubère. Telle est l'unique présomption que les Romains paraissent avoir admise; ce qui a fait dire à Cujas, sous

le titre *de rebus dubiis : conclusio : duobus pariter mortuis, non videtur alter alteri supervixisse; excipiuntur parentes et liberi*. C'est que la question de survie, en matière d'hérédité, n'avait pas, chez les Romains, l'importance qu'elle offre aujourd'hui dans notre droit; car, à l'exception des héritiers nécessaires, l'hérédité, même déférée à l'héritier survivant, *extraneus*, soit testamentaire, soit légitime, n'était point, par cela seul, transmissible à ses propres héritiers, puisqu'elle ne lui était acquise que par l'adition, qu'il devait en faire (comp., Inst., *de hæred. qual. et differ.*, § 3, et *de hæredit. quæ ab intes. defer.*).

Cette question de survie était, au contraire, du plus grand intérêt dans nos anciennes provinces françaises, où l'on observait la maxime que nous allons bientôt exposer : *le mort saisit le vif*. Mais pourtant, notre ancien droit ne nous offre non plus, sur ce sujet, aucun système arrêté; les règles que l'on suivait en ces sortes d'affaires, étaient, au contraire, fort incertaines; et elles n'avaient d'ailleurs aucun caractère obligatoire pour les juges, qui se décidaient en fait, eu égard aux circonstances et d'après l'équité plutôt que d'après le droit. Il paraît toutefois que l'on s'accordait à maintenir la présomption de survie que le droit romain avait consacrée pour le cas où l'enfant, soit pubère, soit impubère, périssait dans le même événement que son auteur; et encore, cette présomption restreinte dans cette limite, n'était-elle pas généralement reconnue (comp. Rennes, 17 avril 1821, Bastard, Dev. et Car., *collect. nouv.*, 6, 2, 406; Pothier, *des Success.*; ch. III, sect. I, § 1; *Introd. au titre* XVII *de la Cout. d'Orléans, n°* 38; Lebrun, *des Success.*, liv. I, sect. XIII; Dupineau, *Quest. et Consult.* ch. IX, p. 696; Duparc-Poullain, *Princ. du droit*, t. IV, p. 30).

94. — Les auteurs du Code Napoléon sont donc les premiers qui aient organisé sur cette thèse des *commorientes*, un ensemble de présomptions de survie; ils ont certainement étendu le cercle des anciennes présomptions d'au-

trefois; mais nous allons établir pourtant que leur système est lui-même renfermé aussi dans certaines limites assez étroites, d'où l'on ne pourrait le faire sortir sans méconnaître tous les principes.

Voici d'abord comment s'expriment les articles 720, 721 et 722 qui sont, dans notre chapitre, le siége de cette matière.

Article 720 : « Si plusieurs personnes respectivement « appelées à la succession l'une de l'autre, périssent dans « un même événement, sans qu'on puisse reconnaître la-« quelle est décédée la première, la présomption de survie « est déterminée par les circonstances du fait, et, à leur « défaut, par la force de l'âge ou du sexe. »

Article 721 : « Si ceux qui ont péri ensemble avaient « moins de quinze ans, le plus âgé sera présumé avoir « survécu.

« S'ils étaient tous au-dessus de soixante ans, le moins « âgé sera présumé avoir survécu.

« Si les uns avaient moins de quinze ans, et les autres « plus de soixante, les premiers seront présumés avoir « survécu. »

Article 722 : « Si ceux qui ont péri ensemble, avaient « quinze ans accomplis, et moins de soixante, le mâle est « toujours présumé avoir survécu, lorsqu'il y a égalité « d'âge, ou si la différence qui existe, n'excède pas une « année.

« S'ils étaient du même sexe, la présomption de survie, « qui donne ouverture à la succession dans l'ordre de la « nature, doit être admise; ainsi, le plus jeune est pré-« sumé avoir survécu au plus âgé. »

Il importe de bien déterminer d'abord l'hypothèse que ces articles ont prévue, et la solution qu'ils y appliquent.

Nous examinerons ensuite si cette solution peut être appliquée à d'autres hypothèses encore que celle qui a été prévue et tranchée par nos textes.

95. — Et d'abord, le cas déterminément prévu par les

articles 720 à 722, est celui où deux personnes respectivement appelées à la succession l'une de l'autre, ont péri dans le même événement, *vel naufragio, vel ruina, vel adgressu, vel quo alio modo simul* (L. 17, § VII, ff. *ad senatusc. Trebell.*).

Ainsi, soient Primus et Secundus, frères utérins, c'est-à-dire de la même mère, mais de père différent, n'ayant, ni l'un ni l'autre, aucun descendant ni ascendant; ils sont appelés à se succéder réciproquement (art. 752 et suiv.); et ce qu'il faut bien remarquer, c'est que, s'ils ont les mêmes parents maternels, chacun d'eux a des parents paternels différents (art. 733).

Ils périssent dans un même désastre.

Si c'est Primus qui a survécu à Secundus, il a recueilli la totalité de sa succession; et il l'a transmise, avec sa propre succession, à ses parents paternels et maternels; or, comme les parents paternels de Secundus sont étrangers à Primus, ils ne recueilleront absolument rien ni de l'une ni de l'autre succession (art. 733). Réciproquement, si c'est, au contraire, Secundus qui a survécu à Primus, les parents paternels de Primus qui sont étrangers à Secundus, n'auront rien non plus à recueillir.

Il en serait, bien entendu, de même, si Primus et Secundus, au lieu d'être frères utérins, étaient frères consanguins, c'est-à-dire de même père, mais de mère différente; ou s'ils étaient cousins germains paternels ou maternels, ou cousins à des degrés plus éloignés, dans le cas où n'ayant ni ascendants, ni descendants, ni collatéraux plus proches, ils se trouveraient réciproquement héritiers présomptifs l'un de l'autre.

Pareillement, on sera dans l'hypothèse de nos articles, si on suppose que Primus, n'ayant pour héritiers présomptifs que son père et un frère utérin, est mort avec son père dans le même événement. Est-ce Primus qui a survécu? il a recueilli toute la succession de son père (art. 745); et il l'a transmise, avec la sienne, à son frère

utérin (art. 752). Est-ce, au contraire, le père qui a survécu à son fils? il a recueilli un quart de la succession de celui-ci; et ce quart, confondu dans sa propre succession, sera recueilli, comme ses autres biens, par ses héritiers (art. 748, 749, 751).

Nous n'avons toujours mis en scène que deux personnes respectivement appelées à se succéder; mais il est évident que nos articles 720 à 722 s'appliquent à tous les cas où *plusieurs personnes*, quel qu'en soit, par conséquent, le nombre, respectivement appelés à la succession l'une de l'autre, ont péri dans le même événement, soit que toutes ces personnes fussent sans distinction, respectivement appelées à se succéder les unes aux autres, soit que la vocation ne fût réciproque que entre quelques-unes seulement de celles qui ont péri ensemble (auquel cas les présomptions légales de survie, comme nous le verrons bientôt, ne seront applicables qu'entre ces dernières).

Ainsi soient un père et ses quatre enfants, dont aucun n'aurait lui-même d'enfant, qui périssent dans le même sinistre; nous serons bien, à l'égard de ces cinq personnes, dans les termes de nos articles; car elles étaient toutes les cinq, respectivement héritières l'une de l'autre. Et ces cinq successions, après s'être successivement confondues les unes dans les autres, suivant l'ordre des différents décès, ne formeront finalement ensemble qu'une succession unique, qui sera déférée exclusivement aux parents de celui qui, d'après nos articles, sera réputé avoir survécu à tous les autres.

Mais si l'un ou plusieurs des enfants avaient eux-mêmes des enfants, la successibilité réciproque n'aurait plus existé qu'entre le père et ceux de ses enfants qui n'avaient pas eux-mêmes d'enfants.

Telles sont les hypothèses que nos articles ont prévues.

96. — Et maintenant, pour trancher, dans ces hypothèses, la question de survie, les articles 720 à 722 con-

sacrent, dans un ordre graduel, et subsidiairement les uns aux autres, trois genres de preuve :

1° La preuve directe et positive des prédécès et des survies;

2° Les présomptions qui peuvent être déduites par les magistrats, des circonstances du fait;

3° Les présomptions déduites par la loi elle-même, de la force de l'âge ou du sexe.

Les deux premiers de ces modes de preuve ne sont, comme nous l'allons voir, que l'application du droit commun.

Il en est tout autrement du troisième, qui consiste dans une présomption purement légale.

Reprenons-les successivement.

97. — 1° D'abord, aux termes de l'article 720, il faut chercher à *reconnaître, parmi les personnes* (*commorientes*), *laquelle est décédée la première.*

Et si quidem possit apparere, disait Ulpien dans une hypothèse analogue, *quis ante spiritum posuit*, *expedita quæstio est...* (L. 32, § 14, ff. *de donat. inter vir. et ux.*)

Chacun de ceux qui prétendent que c'est son auteur qui a survécu, est donc recevable à en fournir la preuve directe et positive.

Et comme il s'agit ici d'un fait dont les intéressés n'ont pas pu se procurer une preuve littérale, la preuve peut être faite non-seulement par les procès-verbaux qui auraient été dressés, ou les autres pièces quelconques, mais encore par les dépositions des témoins qui viendraient déclarer qu'en effet, l'une des personnes a été vue encore vivante, lorsque l'autre avait déjà péri (art. 1341, 1348). C'est d'ailleurs aux magistrats qu'il appartient, en ce cas comme dans tous les cas pareils, d'apprécier, en fait, le caractère de ces sortes de preuves, et surtout le degré de sincérité et d'autorité que présentent soit les pièces produites, soit les témoins entendus.

98. — 2° A défaut de preuve directe et positive de

l'ordre des décès, l'article 720 admet la preuve indirecte et par voie d'induction; et il dispose que *la présomption de survie est déterminée par les circonstances du fait.*

C'est-à-dire que la loi autorise le juge à se décider d'après les présomptions qui, aux termes de l'article 1353, sont abandonnées aux lumières et à la prudence des magistrats, et à puiser les éléments de son opinion dans les circonstances spéciales du cas qui se présente.

Ce second mode de preuve n'est encore que l'application du droit commun; nous venons de voir, en effet, que la preuve testimoniale de l'ordre des décès est admissible, par le motif que les intéressés n'ont pas pu s'en procurer une preuve par écrit (*supra*, n° 97); or, précisément les présomptions abandonnées à la sagesse des magistrats, sont aussi admises dans les cas où la loi admet les preuves testimoniales (art. 1353).

Les *commorientes*, par exemple, ont péri ensemble dans l'incendie d'une maison, qui a commencé par l'étage supérieur; et l'un d'eux habitait cet étage, tandis que l'autre se trouvait au rez-de-chaussée; on pourra présumer que celui-ci a survécu.

Si c'est une inondation qui les a ensevelis, on présumerait, alors, que celui qui habitait le rez-de-chaussée a péri le premier, plutôt que celui qui se trouvait à un étage supérieur au moment de l'invasion des eaux.

Dans une bataille (lorsqu'il est certain, bien entendu, comme nous le supposons toujours dans ces différentes hypothèses, que toutes les personnes *de quorum* ont effectivement péri), celui-là qui était à l'avant-garde, pourra être présumé avoir été tué avant celui qui ne se trouvait qu'à l'arrière-garde; dans une bataille, disons-nous; car la présomption opposée serait, au contraire, plus vraisemblable dans une retraite (comp. Delvincourt, t. II, p. 12, note 5; Toullier et Duvergier, t. II, n° 77, note *a*).

Ou encore dans un naufrage ou dans la ruine d'un bâtiment, on pourra présumer que celui qui a été vu le

dernier a survécu à l'autre, puisqu'il sera certain qu'il existait encore au moment où il était incertain si l'autre n'avait pas déjà cessé de vivre; et cet élément d'appréciation devra même être pris, dans toutes les espèces de désastres, en grande considération.

On pourrait citer encore d'autres exemples; c'est ainsi qu'autrefois, dans la célèbre affaire de la femme Bobé, fille de Dumoulin, qui avait été massacré par des voleurs avec deux petits enfants, l'un de vingt-deux mois, l'autre de huit ans, on présuma, dit Pothier, que ces enfants avaient survécu à leur mère, parce qu'il était de l'intérêt des voleurs de se défaire de la mère avant les enfants, qui n'étaient pas en âge de leur résister (*Introd. au tit.* XVII *de la Cout. d'Orléans*, n° 38, et *des Success.*, chap. III, section I, § 1; Lebrun, *des Success.*, lib. I, chap. I, sect. I, n° 17).

Ce sont là d'ailleurs, comme on le voit, éminemment des questions de fait, dont la solution dépend des circonstances qui peuvent varier à l'infini dans chaque espèce, et dont la gravité peut être, suivant les cas, plus ou moins affaiblie ou fortifiée par les caractères particuliers de l'événement.

99. — Toutefois, on peut se demander, en point de droit, si les juges, en ces sortes de questions, peuvent avoir égard à l'état de santé ou de maladie, ou à la force plus ou moins grande de complexion de ceux qui ont péri ensemble?

Le doute vient de ce que l'article 720, en décidant que la présomption de survie sera déterminée *par les circonstances du fait*, semblerait ne se référer, par ces mots, qu'aux circonstances extérieures dans lesquelles l'événement lui-même s'est produit ou développé. Est-ce que, par exemple, un enfant d'un an n'est pas, en général, plus faible qu'un homme de soixante ans? et pourtant la loi présumant, en cas pareil, que c'est l'enfant qui a survécu, il est clair que l'on ne pourrait pas présu-

mer la survie du plus âgé (comp. Chabot sur l'article 721, n° 5; Vazeille, art. 721, n° 1; Marcadé, art. 721, n° 4; Massé et Vergé, t. II, p. 238; D , *Rec. alph.* (nouvelle édit.), t. LXI, v° *Success.*, n° 49).

Cette interprétation, toutefois, nous paraît tout à la fois contraire au texte et à l'esprit de la loi.

Ces expressions : *les circonstances du fait*, sont générales; et elles s'appliquent dès lors non-seulement aux circonstances extérieures du désastre lui-même, mais encore aux circonstances particulières et relatives, dans lesquelles se trouvait, personnellement, en face du commun péril, chacune des personnes qui y étaient engagées. Dans un naufrage, par exemple, ou une inondation, si l'une d'elles savait parfaitement nager, et l'autre, au contraire, pas du tout, serait-il raisonnable que l'on ne pût tenir aucun compte d'une circonstance aussi grave? Or, si l'on peut avoir égard aux moyens particuliers de défense et de lutte que chacun des *commorientes* avait à sa disposition, comment se ferait-il qu'on ne pût tenir aucun compte soit de l'état de santé, de maladie ou d'infirmité, soit de la force ou de la débilité de l'organisation physique de chacun d'eux, soit même aussi de leur profession et de leurs habitudes respectives? Est-ce que ce ne sont pas là aussi, au premier chef, des moyens particuliers et relatifs, qui ont pu permettre à l'un de prolonger la lutte plus longtemps qu'à l'autre? Oh! sans doute, lorsque l'on se fonde uniquement sur la force de l'âge ou du sexe, il faut se soumettre aux présomptions légales établies par les articles 721 et 722; mais telle n'est pas notre hypothèse; nous supposons, au contraire, que les magistrats se décident, en fait, par des présomptions que leurs lumières et leur prudence déduisent, aux termes de l'article 1353, de la situation particulière de chacun des *commorientes;* or, la loi n'a pas dit que la différence dans la situation respective des *comourants,* ne pourrait résulter que de l'âge ou du sexe; elle n'aurait

pas pu raisonnablement le dire; donc, en tant que l'on déduit cette différence d'autres éléments, tels que ceux de l'état de santé ou de maladie, ou de constitution physique, on se trouve dans les termes de l'article 720, qui admet toutes les présomptions déduites *des circonstances du fait*, sans violer, d'ailleurs, les articles 721 et 722, qui s'occupent exclusivement de la différence d'âge ou de sexe.

Et il est d'autant plus raisonnable d'admettre les présomptions qui peuvent résulter des différences de santé ou de constitution physique, que si les diverses présomptions que nous avons exposées dans les exemples proposés plus haut (n° 98), supposent que les *commorientes* n'ont été atteints par le désastre que successivement et l'un après l'autre, il se peut aussi que la cause de destruction à laquelle ils ont succombé, les ait, au contraire, attaqués simultanément, comme si, dans l'incendie d'une maison, ils habitaient tous le même étage, ou s'ils se trouvaient également à l'avant-garde dans un combat; c'est surtout dans ces sortes d'hypothèses que les présomptions déduites de la situation particulière de chacun d'eux pourraient avoir de l'importance, sauf, bien entendu, aux magistrats à les apprécier diversement, suivant les différentes espèces (comp. Delvincourt, t. II, p. 12, note 5; Toullier, t. II, n° 77; Duranton, t. VI, n° 51; Demante, t. III, n° 22 *bis*, VI).

100. — 3° Enfin, si l'on ne peut fournir la preuve ni directe, ni indirecte, de la survie, la loi établit subsidiairement un ordre de présomptions basées sur la force de l'âge ou du sexe.

Nos articles 721 et 722 partagent, à cet effet, la vie humaine en trois époques : la première et la dernière représentent les deux âges de la faiblesse; et l'époque intermédiaire, l'époque de la force.

Ainsi : A. Jusqu'à l'âge de quinze ans, l'homme est dans un état de faiblesse; mais cette faiblesse va toujours

en diminuant et s'avance vers la force; d'où la conséquence que si ceux qui ont péri ensemble avaient moins de quinze ans, le plus âgé, devant être le plus fort, sera présumé avoir survécu;

B. A partir de l'âge de soixante ans, la faiblesse de l'homme, au contraire, va toujours en augmentant; et, par suite, si ceux qui ont péri ensemble étaient tous au-dessous de soixante ans, le moins âgé, devant être le plus fort, sera présumé avoir survécu;

C. Dans l'âge intermédiaire de quinze ans accomplis à soixante ans non accomplis, l'homme est considéré comme étant dans la plénitude de sa force; et, dès lors, si ceux qui ont péri ensemble appartenaient tous à cette catégorie, comme ils pouvaient être tous de même force, la loi se détermine par la différence de sexe; et elle décide que s'ils étaient de sexe différent, le mâle, étant en général le plus fort, est présumé avoir survécu, lorsqu'il y a égalité d'âge, ou si la différence qui existe n'excède pas une année. Mais s'ils étaient de même sexe, il n'y avait plus, à vrai dire, alors de raison décisive pour présumer la survie soit du plus jeune, soit du plus âgé, puisque les forces étaient égales; néanmoins, l'article 722 dispose que le plus jeune sera présumé avoir survécu au plus âgé, sans doute par le motif, tel quel, que l'ordre de la nature promettait, en effet, au plus jeune une plus longue vie; mais on ne saurait nier que cette dernière présomption n'est pas aussi rationnelle que les deux autres (*infra*, n° 114).

Il importe de remarquer que la loi ne tient compte de la différence du sexe que dans cette période intermédiaire, c'est-à-dire entre personnes qui étaient toutes âgées de plus de quinze ans et de moins de soixante (comp. articles 721, 722). En dehors de cette hypothèse, et dans toutes les autres combinaisons, la présomption de survie est toujours déduite uniquement de la différence d'âge, même entre personnes de sexe différent.

101. — Nous avons toujours supposé jusqu'à présent que nos *commorientes* appartenaient tous à la même période.

Mais il peut arriver que les uns se trouvent dans la première, tandis que les autres feraient partie soit de la seconde, soit de la troisième.

La loi n'a prévu, à cet égard, qu'un seul cas, à savoir: celui où les uns auraient moins de quinze ans, et les autres plus de soixante; et elle décide que les premiers seront présumés avoir survécu. Non-seulement donc, le jeune homme ou la jeune fille de quatorze ans est présumé avoir survécu au vieillard de soixante-dix ans; mais aussi l'enfant d'un mois ou d'un jour à l'homme de soixante ans et un mois ou un jour! Il faut avouer que dans ce dernier exemple, la présomption légale peut ne point paraître conforme à la nature et à la vérité, ni même au système général de la loi, qui prend pour base de ses présomptions la force de l'âge; mais c'est presque toujours l'inévitable écueil des présomptions qui statuent en masse sur des faits généraux, de produire certaines applications qui seraient difficiles à justifier. Ce que l'on peut dire, c'est que dans une hypothèse pareille, si elle se présentait, les magistrats pourraient s'attacher de plus près encore, comme ils en ont le droit, aux circonstances de l'espèce, pour décider, en fait, la question de survie (*supra*, nos 98, 99).

102. — Restent deux combinaisons que nos articles n'ont pas explicitement prévues, mais auxquelles ils s'appliquent, ainsi qu'on va voir, implicitement même *a fortiori*.

On peut supposer que, parmi les *commorientes* :

1° Les uns étaient âgés de moins de quinze ans, et les autres de plus de quinze ans et de moins de soixante;

2° Que les uns avaient plus de quinze ans et moins de soixante, tandis que les autres avaient plus de soixante ans.

Il est évident que dans l'une et l'autre hypothèse, c'est l'individu qui était âgé de plus de quinze ans et de moins de soixante qui sera présumé avoir survécu : soit, dans la première hypothèse, à celui qui avait moins de quinze ans; soit dans la seconde, à celui qui avait plus de soixante ans; car la période intermédiaire est celle de la force; et les deux périodes extrêmes sont celles de la faiblesse; or l'homme, dans la plénitude de sa force, devra être certainement présumé avoir survécu soit à l'enfant, soit au vieillard. Et c'est bien là ce qui résulte virtuellement de nos articles 721 et 722; car, d'une part, l'article 721 en décidant que si parmi les *commorientes*, les uns avaient moins de quinze ans et les autres PLUS *de soixante*, les premiers seront présumés avoir survécu, cet article prouve que ceux qui avaient moins de quinze ans ne seraient pas présumés, au contraire, avoir survécu, si les autres avaient MOINS *de soixante ans;* et, d'autre part, l'article 722, en décidant que si les *commorientes* avaient tous quinze ans accomplis et MOINS *de soixante*, le mâle doit être présumé avoir survécu, à égalité d'âge, ou si la différence n'excède pas une année, et le plus jeune au plus âgé, s'ils sont de même sexe, l'article 722, disons-nous, prouve que celui qui aurait plus de quinze ans et moins de soixante, serait toujours présumé avoir survécu, sans aucun égard à la différence de sexe, si les autres avaient PLUS *de soixante ans* (comp. Delvincourt, t. II, p. 13, notes 1 et 2; Toullier, t. III, n° 74; Duranton, t. VI, n° 43: Marcadé, art. 720, n° 2; Demante, t. III, n° 20).

103. — Telles sont les présomptions de survie que nos articles 721 et 722 établissent.

Il faut y ajouter une loi spéciale du 20 prairial an VI, qui est ainsi conçue :

« Lorsque des ascendants, des descendants et autres « personnes, qui se succèdent de droit, auront été con« damnés au dernier supplice, et que, mis à mort dans la

« même exécution, il devient impossible de constater « leur prédécès, le plus jeune des condamnés sera pré- « sumé avoir survécu. »

On doit convenir que cette présomption de survie n'est ici nullement justifiée; car il ne s'agit point alors de plusieurs personnes engagées dans une lutte commune contre une même cause de destruction; et il n'y a pas, en réalité, de motif pour présumer que le plus jeune, plutôt que le plus âgé, a subi, le premier, la peine capitale. Il n'y a là aucun fait connu d'où l'on puisse arriver, par une vraisemblable induction, au fait inconnu de la survie (*voy.* art. 1349); aussi, Demante propose-t-il de dire que le plus jeune sera *censé* (et non pas *présumé*) mort le dernier (t. II, n° 22 *bis*, II). On s'est encore déterminé, dans ce cas, par la même considération, qui a dicté le second alinéa de l'article 722, à savoir : que le plus jeune parce que son âge lui promettait une plus longue existence, doit être présumé avoir survécu; mais cette considération n'est certes pas décisive en cas pareil (*supra*, n° 100, et *infra*, n° 114).

Quoi qu'il en soit, cette loi statuant sur un cas tout spécial, qui n'a été l'objet d'aucune autre disposition législative, doit être considérée comme étant toujours en vigueur pour le cas particulier qu'elle a prévu (*voy.* notre t. I, n°s 125-127).

Et il faut remarquer qu'en décidant, d'une manière absolue, que *le plus jeune des condamnés sera présumé avoir survécu*, elle n'a aucun égard à la différence de sexe, ni aux catégories que les articles 721 et 722 ont introduites.

104. — Il sera, bien entendu, nécessaire pour l'application de nos articles 721 et 722 (comme aussi de la loi du 20 prairial an IV), de connaître exactement l'âge des différentes personnes qui auront péri dans le même événement.

La preuve de l'âge de chacune d'elles se fera réguliè-

rement par la production des actes de naissance (*voy.* notre t. I, nº 296).

Si cette espèce de preuve ne pouvait pas être obtenue, soit parce qu'il n'aurait pas existé de registres de l'état civil dans une commune ou qu'ils auraient été perdus, soit parce qu'un hasard singulier ferait que les différents actes produits indiqueraient les naissances à la même date, la preuve de l'âge pourrait alors être faite par tous les moyens possibles, par les registres et papiers domestiques et par témoins, sous la condition toutefois qu'il ne s'agirait de prouver que la date de la naissance et qu'il n'y aurait d'engagé aucune question de filiation, qui vînt mettre en doute les rapports de parenté entre les *commorientes* (comp. art. 46, 323 ; notre t. I, nºs 321 et suiv., et notre t. V, nºs 233 et suiv.; Demante, t. III, nº 22 *bis*, VII).

105. — Que si deux jumeaux avaient péri ensemble dans le même événement, la distinction des âges serait encore déterminée par les actes de naissance, s'ils indiquaient, comme on doit le faire en cas pareil, lequel est sorti le premier du sein de sa mère. Celui-là, en effet, est le plus âgé, l'*aîné*, qui est né le premier, *ante natus*, et le plus jeune, le *puîné*, celui qui est né le dernier, *quod postea nascitur*. On doit d'autant plus s'attacher à cette règle, que les naissances, loin d'avoir lieu en même temps, *uno impetu*, comme disait Triphoninus (*infra*) sont toujours séparées par des intervalles quelquefois même assez longs. Il serait donc fort inutile d'entreprendre de rechercher l'époque mystérieuse de la conception; car ce n'est pas de la date, impossible à connaître, de la conception, mais de la date précise et certaine de la naissance, que l'âge commence à se compter. « Des présomptions hasardées, disent les auteurs du *Nouveau Denizart*, ont fait croire à quelques naturalistes que celui qui naît le dernier a été le premier conçu : mais on a reconnu le danger et l'incertitude de cette opinion.... » (vº *Aînesse*, § 5, nº 1;

voy. notre t. I, n° 296 ; L. 15 et 16, ff. *de statu hominum*; Pothier, *des Success.*, chap. II, sect. I, art. 2, § 1; et Introd. au tit. *des Fiefs* de la cout. d'Orléans, n° 295 ; Lebrun, *des Success.*, liv. II, chap. II, sect. I, n° 9).

Dans le cas où les actes de l'état civil n'indiqueraient pas l'ordre des naissances, *ut ordine incerto nascentium non appareat* (Tryphoninus, *supra*), la preuve pourrait en être faite par tous les moyens, d'après la règle qui admet la preuve testimoniale et les présomptions, dans le cas où les intéressés n'ont pas pu se procurer une preuve littérale. « On doit s'en rapporter sur cela, disait Lebrun (*loc. supra cit.*), au témoignage des parents soit exprès, soit tacite, lorsque l'un des deux jumeaux a toujours été dans la famille en possession de la qualité d'aîné ; on peut aussi, sur ce fait, recourir au témoignage des accoucheurs, des gardes, et autres semblables personnes. » L'ordre de l'écriture dans l'acte de naissance serait même aussi un élément de preuve, qui pourrait fortifier les autres documents, que la cause offrirait déjà (comp. Caen, 17 août 1843, Laquesne, *Rec. de Caen*, t. VII, p. 452 ; Duranton, t. V, n° 52 ; Demante, t. III, n° 22 bis, VIII).

Enfin, dans le cas où il serait impossible de connaître, de quelque manière que ce fût, l'ordre des naissances entre les jumeaux, on devra, s'ils sont de sexe différent, présumer que le mâle a survécu, lorsqu'ils seront âgés de plus de quinze ans et de moins de soixante (art. 722, 1er alin.).

Mais s'ils étaient de même sexe, ou même, dans le cas où ils seraient de sexe différent, s'ils étaient âgés de moins de quinze ans ou de plus de soixante ans, on ne se trouverait plus dans aucun des cas de présomption établis par nos articles (*infra*, n° 115).

Remarquons seulement que dans le cas où les deux jumeaux seraient âgés de moins de quinze ans, la question de survie n'offrira pas d'intérêt, puisque d'une part, les deux frères ou sœurs, ayant alors nécessairement le

même père et la même mère, auront nécessairement aussi de chaque côté les mêmes héritiers, et que d'autre part, ni l'un ni l'autre, à cet âge, ne pourra laisser (le plus ordinairement du moins), ni enfant (art. 144) ni légataire (art. 903, 904).

106. — Il n'y a aucune difficulté à dire que les présomptions de survie établies par les articles 721 et 722 (de même que la présomption établie par la loi du 20 prairial an IV), sont applicables aux successeurs irréguliers aussi bien qu'aux successeurs réguliers ou héritiers légitimes; car ils sont appelés à la succession (art. 711, 757, 765); et ils se trouvent dès lors tout à fait dans les termes des articles 720 à 722.

107. — Il importe peu aussi, lorsque les *commorientes* étaient respectivement héritiers les uns des autres, que leurs droits, dans leurs successions réciproques, fussent semblables ou différents; que l'un, par exemple, fût héritier présomptif de l'autre, pour moitié; et celui-ci, héritier présomptif du premier pour un quart seulement.

Et il n'importe pas davantage qu'ils fussent à des degrés égaux ou inégaux par rapport à l'auteur commun.

Nos textes n'exigent que la réciprocité de la vocation héréditaire, et nullement l'égalité respective des droits successifs, ou des degrés de parenté.

108. — Remarquons encore que lorsque les présomptions de survie établies par nos articles 721 et 722 sont applicables, et qu'en conséquence l'un des *commorientes* est présumé, d'après ces articles, avoir survécu à l'autre, le bénéfice résultant de cette présomption profite, bien entendu, à tous ceux qui ont des droits à exercer dans la succession du survivant; en ce sens que cette succession se trouve augmentée, dans l'intérêt de tous les ayants droit, de la succession ou des successions que le survivant a recueillies et qui se sont confondues avec la sienne.

Les présomptions de survie peuvent donc être invo-

quées, sous ce rapport, c'est-à-dire du chef du survivant, non-seulement par ses héritiers ou successeurs ab intestat, mais par ses créanciers, par ses légataires à titre universel ou à titre particulier, par ses donataires de biens à venir, en un mot par quiconque avait des droits subordonnés à la condition de son décès.

Quant à la question de savoir si ces présomptions de survie pourraient être invoquées par le légataire universel du survivant, dans le cas où celui-ci n'aurait pas laissé d'héritiers à réserve, elle est plus délicate; et nous allons bientôt y arriver (*infra*, n° 116).

Mais il n'y a, pour tous les autres intéressés, aucun doute qu'ils peuvent, du chef du survivant, se prévaloir des présomptions établies par les articles 721 et 722, dans le cas où elles sont applicables. Ce n'est point là du tout en étendre l'application à des cas non prévus par la loi; c'est seulement en reconnaître les effets dans les cas qu'elle a prévus (comp. Toullier, t. III, n° 78; Duranton, t. V, n° 47; Marcadé, art. 720, n° 6; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 403).

109. — Et maintenant les présomptions établies par nos articles 721 et 722, peuvent-elles être appliquées à d'autres hypothèses encore que celle qui a été prévue par ces articles?

C'est notre seconde question (*supra*, n° 94); et elle n'est pas la moins délicate.

Cette question peut s'élever, soit en matière de succession ab intestat, soit en matière de libéralités testamentaires ou contractuelles :

A. En matière de succession ab intestat, on demande si les présomptions de survie des articles 721 et 722 sont applicables :

1° Au cas où les *commorientes* n'étaient pas appelés *respectivement* à la succession l'un de l'autre, mais où l'un d'eux seulement était héritier présomptif de l'autre, sans réciprocité (*infra*, n°s 112, 113);

2° Au cas où les *commorientes*, héritiers présomptifs respectivement l'un de l'autre, auraient péri dans des événements différents; au cas où on aurait trouvé leurs cadavres, dans la même chambre ou dans des lieux différents, sans qu'il fût possible de déterminer l'ordre des décès (*infra*, n° 114);

3° Au cas où les *commorientes* étant respectivement appelés à la succession l'un de l'autre, il ne serait pas possible de déterminer, entre eux, la date des naissances, et par suite la différence des âges (*infra*, n° 115).

4° Au cas, enfin, où les *commorientes* étant respectivement appelés à la succession l'un de l'autre, l'un d'eux, qui n'avait pas d'héritier à réserve, aurait institué un légataire universel (*infra*, n° 116).

B. En matière de libéralités testamentaires ou contractuelles, on demande si les présomptions de survie des articles 721 et 722 sont applicables;

1° Entre un testateur et un légataire qui ont péri dans le même événement;

2° Entre deux individus, qui s'étaient réciproquement institués légataires universels l'un de l'autre, surtout s'ils ne laissent pas d'héritiers à réserve;

3° Entre un donateur et un donataire de biens à venir;

4° Entre deux époux, dont l'un avait fait à l'autre, ou qui s'étaient fait réciproquement, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, des avantages ou gains de survie, ou qui avaient stipulé un préciput ou la totalité de la communauté au profit du survivant ou de l'un d'eux, etc.;

5° Entre un grevé de substitution et le substitué ou appelé;

6° Entre un donataire de biens présents et le donateur qui avait stipulé le droit de retour pour le cas de prédécès du donataire (*infra*, n° 117; et notre t. II, n° 200).

Tel est le tableau des différentes hypothèses, sur les-

quelles s'est élevée la question de savoir si les articles 721 et 722 sont applicables.

110. — Nous allons reprendre successivement ces hypothèses.

Mais il nous paraît, avant tout, indispensable de nous expliquer sur un argument qui domine cette thèse tout entière, et sur lequel on s'est principalement fondé pour soutenir que les présomptions établies par les articles 721 et 722, devaient être étendues à toutes les hypothèses plus ou moins semblables, dans lesquelles une question de survie était à résoudre.

Eh bien donc ! on a dit presque partout que les présomptions de survie édictées par nos articles étaient réclamées par la nécessité, et que dès lors la même cause qui les a fait établir pour les cas directement prévus, en commande l'application extensive à tous les cas non prévus, où la même nécessité se présente ; car il faut bien, dit-on, dans les uns comme dans les autres, sortir d'affaires ; et il n'y a pas d'autre issue que les présomptions légales des articles 721 et 722, qui seules peuvent trancher alors le *nœud gordien !*

Nous aurons porté déjà un grand coup à cette doctrine tout entière, lorsque nous aurons démontré que la prétendue nécessité qu'elle invoque, est purement imaginaire ; et cette démonstration nous paraît facile.

Prenons un exemple très-simple :

Primus et Secundus, frères utérins, sans ascendants ni descendants, et par conséquent appelés respectivement à la succession l'un de l'autre, périssent dans le même événement ; et il est impossible de décider, en fait, lequel des deux a survécu.

C'est, comme on le voit, l'hypothèse même des articles 721 et 722.

Eh bien ! supposons que ces articles n'existent pas et que nous n'ayons, même pour cette hypothèse, aucune présomption légale.

Est-il vrai que nous serions restés là, en échec devant ces deux successions, sans savoir qu'en faire, ni à qui les attribuer? Ces successions, enfin, seraient-elles demeurées *vacantes* faute d'héritier, comme on l'a dit dans l'ancien droit, et tout récemment encore dans notre droit nouveau? (Comp. Duplessis, t. I, p. 773; Delvincourt, t. II, p. 13, note 4; Chabot, sur les art. 720-722; Troplong, *des Donations et des Testaments*, t. IV, n° 2126.)

Eh! non, sans doute.

Nous aurions dit aux parents paternels de Primus :

Vous ne prouvez pas que votre auteur ait survécu à son frère utérin, Secundus; donc, il n'a pas recueilli sa succession.

Et de même aux parents paternels de Secundus :

Vous ne prouvez pas que votre auteur ait survécu à Primus; donc, il n'a pas non plus recueilli sa succession.

Que serait-il arrivé alors?

Une chose très-simple assurément et très-possible, à savoir : que les successions ne se seraient point confondues; qu'il y aurait eu deux successions au lieu d'une seule; que les parents paternels de Primus auraient succédé à Primus, et les parents paternels de Secundus à Secundus. Nous aurions dit enfin ce que disaient, en ces sortes d'occasions, les jurisconsultes romains : *commoriere...; neuter alteri supervixit...; ultimi primique obierunt....* ils sont morts en même temps et simultanément; il n'y a eu ni premier ni dernier, ni prédécédé ni survivant! *non videtur alter alteri supervixisse..., cum simul decesserint* (L. 9 et 18, ff. *de reb. dub.;* L. 26, ff. *de mort. causa donat.;* L. 32, § 14, ff. *de donat. inter vir. et uxor.*).

Chacun d'eux, en un mot, aurait été considéré, eu égard à la succession de l'autre, comme s'il n'avait jamais existé, ou comme s'il eût été absent au moment de son ouverture. Et voilà précisément ce que portait

d'abord la disposition finale du projet dans l'article 6 (correspondant à notre article 722), qui était ainsi conçue :

« Si l'on ignore absolument quel est le plus âgé, la « succession de chacun se défère comme si l'autre n'avait « jamais existé. »

Si ce dernier alinéa a été retranché et ne se retrouve pas aujourd'hui dans le Code, c'est d'après l'observation faite par M. Thibaudeau, *qu'il n'exprimait qu'une règle de droit commun* (comp. Fenet, t. XII, p. 6 et 8).

Où donc est cette impérieuse *nécessité* que l'on invoque? et que signifie cette proposition, qu'un jugement du tribunal civil de la Seine a posée, que l'absence des présomptions légales nous placerait ici devant l'*impossible!* (Dev., 1851, II, 404.)

Oh! sans doute, si l'on veut, à toute force, verser l'une des successions dans l'autre, il y aura, en effet, nécessité d'avoir un prédécédé et un survivant. Mais cette nécessité là, on se la crée très-volontairement à soi-même; et elle ne résulte nullement de la nature des choses ni des principes du droit.

En vain, on objecte que la mort entièrement simultanée de plusieurs personnes sera infiniment rare; qu'il est donc très-vraisemblable que l'une d'elles a survécu à l'autre; que les deux successions se sont, en conséquence, réunies dans la personne du survivant; et que dès lors, si on laissait ces deux successions s'en aller chacune de son côté, on serait presque toujours certain d'admettre un résultat contraire à la vérité des faits, et plusieurs même ajoutent *à la justice* (comp. Toullier, t. III, n° 78 *bis*; Taulier, t. III, p. 118).

Outre que la simultanéité des décès n'est certes pas impossible, qui ne voit combien les présomptions, à l'aide desquelles on tranche, d'autorité! la question de survie, sont fragiles et incertaines, et qu'il peut arriver souvent qu'elles consacrent elles-mêmes un résultat tout

à fait contraire à la vérité, et par conséquent à la justice? Aussi, l'avouerai-je, pour ma part, je crois qu'il eût été meilleur, plus sûr et plus équitable, de laisser chacune des successions suivre son cours ; d'attribuer, par exemple, dans notre espèce, la succession de Primus aux parents paternels de Primus, et la succession de Secundus aux parents paternels de Secundus ; que cela, dis-je, aurait été plus équitable et plus sûr que de donner tout aux uns et rien aux autres, et de se décider, pour en venir à ce résultat, par des inductions, par des présomptions, c'est-à-dire véritablement un peu au hasard et à l'aventure!

Et lorsque l'on objecte encore que l'ordre naturel des successions se serait ainsi trouvé interverti, je n'en suis pas davantage touché; car, après tout, les héritiers, quels qu'ils soient, que le législateur appelle, sont toujours les héritiers légitimes ; et il est clair que l'ordre légal des successions n'aurait été nullement interverti, si le législateur avait lui-même établi, pour l'hypothèse qui nous occupe, cet ordre de dévolution double et parallèle qui nous aurait paru ici préférable. Il est même remarquable que la tendance très-prononcée des législations modernes, en Europe, est de supprimer les présomptions de survie. Le Code prussien décide formellement (tit. I, part. I, art. 39), que si plusieurs personnes décèdent dans un même événement ou en même temps, de manière à ce qu'on ne puisse savoir laquelle est décédée la première, il n'y aura de présomption de survie pour aucune d'elles. Le Code suédois (chap. IV, art. 1), le Code hollandais (art. 878), le Code autrichien (art. 25), le Code du canton de Vaud (art. 510) ont aussi une disposition semblable.

Quoi qu'il en soit, notre loi a créé un certain ordre de présomptions, d'où il résulte que les successions se seront confondues les unes dans les autres pour grossir la succession du dernier mourant. Elle était bien libre,

sans doute, de le faire ; car, c'est elle qui réglemente la dévolution des biens ab intestat. Mais enfin, ce qui nous est acquis maintenant, c'est qu'il n'était nullement nécessaire qu'elle le fît, et que même, à défaut de ces présomptions, le résultat qui se serait produit, d'après le droit commun, aurait pu paraître plus équitable et meilleur.

111. — Cela posé, voici sur toutes les questions qui s'agitent ici (*supra*, n° 109), notre solution générale :

Les articles 721 et 722 renferment un certain ordre de présomptions légales, en dehors des règles les plus constantes du droit commun, en matières de preuves;

Or, d'une part, les présomptions légales ne peuvent pas être étendues à un autre fait que celui auquel elles s'appliquent déterminément; car les étendre, ce serait les créer; et il n'appartient, bien entendu, qu'au législateur de créer une présomption *légale;* d'autre part, les présomptions édictées par les articles 721 et 722, ne s'appliquent qu'en matière de succession ab intestat, à la seule hypothèse où plusieurs personnes respectivement appelées à la succession l'une de l'autre, ont péri dans le même événement;

Donc, on ne saurait les étendre : ni en matière de succession ab intestat, à aucune autre hypothèse ; ni encore moins, à toute autre matière que celle des successions ab intestat.

Ce syllogisme nous paraît en forme; et nous ne voyons pas ce qu'il serait possible d'y reprendre.

Que les présomptions établies par les articles 721 et 722, soient tout à fait en dehors des règles du droit commun en matière de preuve, cela est manifeste. La règle, en effet, c'est que le fardeau de la preuve incombe à celui qui affirme l'existence d'un fait, comme fondement de sa prétention; et cette règle doit toujours être maintenue, quelle que soit d'ailleurs, dans le cas donné,

la difficulté, ou même l'impossibilité plus ou moins absolue de la preuve (L. 2, ff. *de probat.;* article 1315; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 584).

L'article 135 en déduit l'une des conséquences les plus adéquates en ces termes :

« Quiconque réclamera un droit échu à un individu « dont l'existence ne sera pas reconnue, devra prouver « que ledit individu existait quand le droit a été ouvert; « jusqu'à cette preuve, il sera déclaré non recevable dans « sa demande. »

Et l'article 136 en fait même directement l'application à l'hypothèse d'une succession :

« S'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut. »

Si donc, nous n'avions pas les articles 721 et 722, nous aurions appliqué cette règle de droit commun, même dans l'hypothèse où les *commorientes* étaient respectivement appelés à la succession l'un de l'autre; et dès lors, comme ces articles n'ont créé de présomptions légales que pour cette seule hypothèse, nous demeurons, pour toutes les autres hypothèses de *commorientes*, sous l'empire du droit commun; et c'est par conséquent, à celui qui prétend que son auteur a survécu et qu'il a recueilli, dans la succession du prédécédé, un droit quelconque, de succession ou autre, c'est à lui, disons-nous, à prouver que son auteur a effectivement survécu; jusqu'à cette preuve, nous dirons, avec l'article 135, *qu'il sera déclaré non recevable dans sa demande* (*voy.* notre tome II, n° 201).

Et voilà bien ce que disait aussi Pothier, dans une hypothèse fort remarquable, où l'on aurait pu invoquer avec une certaine force, l'argument déduit de la *nécessité*, qui, dans nos hypothèses, n'est au contraire, ainsi que

nous l'avons prouvé, d'aucune valeur. Pothier se demandait par lequel de deux jumeaux le droit d'aînesse pourrait être prétendu, s'il était absolument incertain lequel des deux est l'aîné; et il décidait qu'il ne pourrait être prétendu par aucun des deux : « Ma raison en est, dit-il, que tout demandeur étant obligé de prouver le fait qui sert de fondement à sa demande..., chacun de ces jumeaux, qui prétendrait le préciput accordé par la coutume à l'aîné serait obligé de prouver qu'il est effectivement l'aîné; aucun d'eux ne pouvant le prouver..., il s'ensuit qu'aucun d'eux ne doit rien obtenir dans la demande de ce préciput... » (*Des Success.*, chap. II, sect. I, art. 2, § 1 ; *voy.* aussi, à ce sujet, notre tome V, n° 372).

Notre conclusion générale est donc que les présomptions édictées par les articles 721 et 722, ne s'appliquent, en matière de succession ab intestat, qu'à la seule hypothèse où les *comourants* étaient respectivement appelés à la succession l'un de l'autre, et qu'elles ne s'appliquent à aucune hypothèse quelconque, en toute autre matière.

Cette conclusion, la plus juridique, est certainement aussi la plus sûre; car on va voir à quels écarts, à quels excès! on peut le dire, se trouve entraînée la doctrine qui veut élargir ou plutôt briser le cercle de ces présomptions. Les conséquences exorbitantes où elle en est venue, seront encore un argument de plus, et ce ne sera pas le moindre, en faveur de notre interprétation restrictive (*infra*, n° 114).

Nous pouvons maintenant passer rapidement en revue toute la série des hypothèses particulières, sur lesquelles notre question a été posée.

112. — A. 1° D'abord, même en matière de succession ab intestat, nous n'admettons pas les présomptions légales des articles 721 et 722, lorsque les *commorientes* n'étaient pas appelés respectivement à la succession l'un de l'autre, mais que l'un d'eux seulement était héritier présomptif de l'autre, sans réciprocité de vocation.

La doctrine contraire a toutefois des partisans très-convaincus :

On ne saurait, dit-on, trouver, entre ces deux hypothèses, aucune raison plausible de différence; qu'importe, en effet, quant à la question de savoir lequel de deux frères, par exemple, ou de deux cousins, a survécu à l'autre, la circonstance que l'un d'eux avait des enfants, tandis que l'autre n'en avait pas? Et si la loi présumerait, dans le cas où ni l'un ni l'autre n'aurait d'enfant, la survie de l'un d'eux, soit du plus jeune, soit du plus âgé, comment se pourrait-il qu'elle ne la présumât plus, parce que l'un aurait des enfants, et point l'autre? Cette circonstance, apparemment, ne change pas la différence des âges et des forces, sur laquelle les présomptions de survie sont basées ; et on ne saurait, sans accuser la loi de la plus grave inconséquence, lui prêter une telle distinction. Il faut donc reconnaître que la formule de l'article 720 est purement énonciative, et que le législateur, en supposant des personnes respectivement appelées à la succession l'une de l'autre, a indiqué le cas le plus ordinaire, *id quod plerumque fit* (parce que en effet, généralement les vocations héréditaires sont réciproques), mais qu'il n'a nullement exclu ainsi les cas où il n'y aurait pas réciprocité de vocation. Ces cas d'ailleurs sont eux-mêmes assez nombreux, comme par exemple, celui de deux frères, ou de deux cousins, dont l'un a des enfants et point l'autre, d'un oncle célibataire et d'un neveu avec enfants, d'un enfant ayant lui-même des enfants et de son père ou de sa mère, etc. Les dispositions des articles 720 à 722 seraient donc tout à fait incomplètes, si elles ne s'y appliquaient pas. Aussi, la loi du 20 prairial an IV (*supra*, n° 103), présume-t-elle, dans le cas par elle prévu, la survie entre personnes *qui se succèdent de droit*, sans exiger la réciprocité de vocation; et on pourrait remarquer aussi que l'article 720 lui-même dit *respectivement*, et non pas *réciproquement* (comp. Toullier, t. III,

n° 78 *bis;* Duranton, t. V, n° 45; Malpel, n° 16; Vazeille, sur l'article 722, n° 6; Taulier, t. III, p. 119).

Voici notre réponse :

Et d'abord, que le texte de l'article 720 soit explicite, cela n'est pas contestable; *respectivement* ou *réciproquement*, il importe peu; l'évidence est que la loi veut que chacun des *commorientes* soit appelé à la succession des autres. Tel nous paraît être aussi le sens de la loi du 20 prairial an IV, lorsqu'elle applique la présomption de survie aux personnes, *qui se succèdent de droit;* mais d'ailleurs c'est là une loi spéciale (Rennes, 17 avril 1821, Bastard, D., *Rec. alph.* (nouv. édit.), v° *Success.*, p. 180, n° 51); et en admettant même qu'elle n'exige point la réciprocité de vocation héréditaire, il est, nous le répétons, incontestable que nos articles 720 et suivants l'exigent. Le texte est donc formel; et cela nous suffirait (*supra*, n° 111).

Remarquons, en outre, que les deux hypothèses ne sont pas, quoi que l'on dise, tout à fait semblables, et que le législateur a pu avoir plus de motifs pour créer des présomptions de survie dans le cas de vocation réciproque que dans le cas de non-réciprocité.

D'une part, en effet, lorsque les *commorientes* étaient réciproquement héritiers présomptifs l'un de l'autre, on peut dire que l'un des deux ayant presque certainement survécu à l'autre, les deux successions ont dû nécessairement se confondre, ne fût-ce qu'un moment, dans la personne de celui qui a survécu, et que dès lors on aurait presque toujours admis un résultat contraire à la vérité, si on n'avait pas présumé la survie de l'un ou de l'autre, et si on avait déféré la succession à un autre degré auquel il était à peu près certain qu'elle n'était pas arrivée; tandis qu'il n'en est pas ainsi, lorsque l'un des *commorientes* seulement était appelé à la succession de l'autre sans réciprocité; car on ne peut pas dire alors que l'un des deux, n'importe lequel, a dû nécessairement succéder

à l'autre; et comme la survie de l'un n'est pas plus prouvée que celle de l'autre, il est tout simple qu'on ait laissé aller la succession au degré subséquent, qui devait, en effet, la recueillir dans le cas où l'héritier présomptif du degré préférable n'aurait pas survécu; or, sa survie n'est pas prouvée.

D'autre part, lorsque tous les *commorientes* sont respectivement héritiers les uns des autres, les présomptions légales de survie ont cet avantage de simplifier beaucoup la situation, puisqu'elles confondent toutes les successions les unes dans les autres, pour n'en former qu'une succession unique; tandis qu'au contraire, il arriverait souvent que les présomptions légales de survie, appliquées à des *commorientes* entre lesquels la vocation héréditaire n'était pas réciproque, auraient pour résultat de compliquer singulièrement la liquidation, puisque ces différentes successions, tout en restant distinctes, s'accrocheraient, s'il est permis de parler ainsi, et s'enchevêtreraient les unes dans les autres; ce qui nécessiterait des calculs et des liquidations fort compliqués, surtout s'il y avait trois ou quatre *commorientes*, ou plus encore (comp. Paris, 30 nov. 1850, Roslé, Dev., 1851, II, 504; Merlin, *Répert.*, v° *Mort.*, chap. I, § 2, art. 2; Chabot, sur l'article 720, n° 7; Favard, *Rép.*, v° *Success.*, sect. I, § 1, n° 6; Demante, t. III, n° 22 *bis*, IV; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 401; Marcadé, art. 720, n° 6; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 236; D., *Rec. alph.* (nouv. édit.), v° *Success.*, t. LXI, p. 180, n° 54).

113. — M. Duranton a proposé, contre la solution qui précède, une autre objection qui ne nous paraît nullement fondée, surtout dans l'hypothèse qu'il a choisie (t. VI, n° 46).

Le savant auteur suppose que deux frères, dont l'un a des enfants, ont péri dans le même événement, sans qu'on puisse établir la survie de l'un ou de l'autre, par des preuves positives ou par les circonstances du fait;

et sa conclusion est qu'il est alors nécessaire, pour que les enfants de l'un des frères décédés puissent recueillir la succession de leur oncle, de recourir aux présomptions légales de survie.

Veulent-ils, en effet, dit-il, venir du chef de leur père, *jure transmissionis,* aux termes de l'article 781 ? mais il faudrait qu'ils fissent la preuve que l'on suppose impossible dans l'espèce, que leur père a survécu à leur oncle.

Veulent-ils venir à la succession de leur oncle par représentation de leur père? mais il faudrait qu'ils fissent la preuve, également impossible, que c'est leur oncle qui a survécu à leur père (art. 744). Et M. Duranton ajoute qu'en vain ils allégueraient que les deux frères sont réputés être morts au même instant, puisque rien n'établit le prédécès ni la survie de l'un d'eux; même dans ce cas, la représentation ne serait pas, suivant lui, admissible; car il faut que le représenté soit mort avant le *de cujus;* or, leur père ne serait pas mort avant leur oncle, la silmutanéité excluant l'antériorité.

Il est facile, suivant nous, de répondre que, dans l'espèce proposée par M. Duranton, les enfants viendront, de leur chef, à l'une et à l'autre succession, à celle de leur père et à celle de leur oncle. Ces deux successions, en effet, ne se sont pas confondues; elles sont là, distinctes et indépendantes l'une de l'autre; et rien n'est plus simple que de dire que les enfants qui ont aussi deux vocations personnelles et séparées, pourront accepter l'une des hérédités et répudier l'autre, s'il y en avait une qui fût bonne, tandis que l'autre serait mauvaise.

Tel est aussi le sentiment de Marcadé, qui pense qu'il n'y a nul besoin, dans l'espèce proposée, de recourir à la représentation (t. III, n°s 7 et 12). Mais cet auteur nous paraît faire une concession regrettable à M. Duranton, lorsqu'il avance que *sans doute l'enfant ne peut pas succéder à l'un par représentation de l'autre, puisque tous deux sont morts en même temps.* On peut supposer, en effet,

une espèce où le bénéfice de la représentation serait nécessaire aux neveux pour venir à la succession de leur oncle; et si nous le leur refusions, nous ferions certainement à la doctrine de M. Duranton un grand avantage, que nous ne croyons pas, pour notre part, qu'elle puisse obtenir en aucun cas. Supposons donc que les deux frères, dont l'un a des enfants, et qui ont péri dans le même événement, ont laissé encore un autre frère pour héritier. Il est clair que les enfants de l'un des défunts, neveux de l'autre, ne pourront venir à la succession de celui-ci, en concurrence avec le troisième frère, leur oncle, que par la voie de la représentation; et si l'argument de M. Duranton était vrai, cette voie leur serait fermée. Mais nous nous sommes expliqué déjà, dans le titre *des absents,* sur une hypothèse toute semblable; et nous croyons avoir prouvé que l'article 136 appellerait les neveux par représentation, lors même que leur père étant absent à l'époque de l'ouverture de la succession de son frère, son prédécès ni sa survie ne pourraient pas être prouvés (*voy.* notre tome II, n° 209); et Marcadé lui-même, sur l'article 136, enseigne également cette doctrine (t. I, art. 136, n° 2); or, notre espèce actuelle est toute semblable; car nous avons établi précisément que la succession de chacun des *commorientes* devait être déférée séparément, comme si l'autre était absent ou n'avait pas existé (*supra,* n° 110).

114. — 2° Nous n'appliquerons pas non plus les présomptions légales de survie tracées par les articles 721 et 722, au cas où les *commorientes*, quoique respectivement appelés à la succession l'un de l'autre, auraient péri dans des événements différents, ni au cas où on les aurait trouvés tous les deux morts de maladie, ou par toute autre cause qui les aurait atteints isolément[1], dans

1. Il en pourrait être autrement, si les *commorientes* avaient péri dans la même chambre, par asphyxie; on pourrait voir là, dans cette cause de mort, un *même événement* contre lequel ils auraient pu lutter plus ou moins longtemps, suivant leur âge et leur sexe.

la même chambre ou dans des lieux différents, sans qu'il fût possible de déterminer l'ordre des décès (*supra*, n° 109).

On a enseigné la thèse contraire pourtant! et voilà où on a été conduit par cette prétendue *nécessité*, qui réclame, dit-on, dans ces hypothèses, une présomption de survie!

Les uns ont dit qu'il fallait alors appliquer les présomptions, que les articles 721 et 722 ont déduites de la force de l'âge ou du sexe! (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 179; Massé et Vergé, t. II, p. 236).

Comme s'il n'était pas manifeste que ces présomptions n'ont de valeur aux yeux de la loi et de la raison qu'autant que les *commorientes* ont lutté ensemble contre une même cause de destruction!

Voilà bien ce qu'ont aussi reconnu les autres partisans de la théorie que nous combattons. « On sent en effet, dit M. Duranton, que si, dans le cas où deux personnes périssent dans le même événement, la faiblesse de l'une d'elles ou son âge trop avancé, relativement à celui de l'autre, ainsi que la différence de sexe, peuvent exercer de l'influence sur la décision de la question de survie, cette influence est nulle, quand il s'agit de personnes qui sont mortes de mort naturelle ou dans des événements divers. »

Eh! sans doute! on ne saurait, sans violer non-seulement le texte même, mais aussi l'esprit de la loi et la raison, appliquer ici les articles 721 et 722. On ne les applique donc pas. Mais que fait-on alors? Oh! ceci est véritablement excessif! On décide que « le plus jeune sera présumé avoir survécu au plus âgé, quand même ils seraient de sexe différent. » (Comp. Duranton, *loc. supra cit.*; Toullier, t. II, n° 76; Chabot, sur l'article 720; Taulier, t. III, p. 119.)

N'avions-nous pas raison de dire (*supra*, n° 111), que les écarts dans lesquels serait inévitablement entraînée la doctrine de l'interprétation extensive des articles 721

et 722, seraient aussi l'un des plus décisifs arguments contre cette doctrine tout entière? Cette solution-là, en effet, n'est plus seulement l'interprétation extensive *per rationem legis*, comme on dit, de nos présomptions légales; elle en est le renversement le plus complet! Et c'est elle qui, de sa propre autorité, décrète ici des présomptions! Nous ne savons rien, pour notre part, de plus profondément arbitraire. En vain, on invoque le second alinéa de l'article 722, et la loi du 20 prairial an IV, qui admettent cette présomption de survie d'après l'ordre de la nature; car ce sont là des dispositions exceptionnelles et tout à fait spéciales. En vain, on allègue aussi que le plus jeune avait chance de vivre plus longtemps que le plus âgé, et par conséquent de recueillir sa succession; car si cette présomption de plus longue vie en faveur du plus jeune est vraie *a priori*, lorsqu'il s'agit de savoir *in futurum*, lequel des deux survivra probablement à l'autre, elle n'est, au contraire, d'aucun poids *a posteriori*, lorsqu'il s'agit de décider, *in præteritum*, tous les deux étant morts, lequel est décédé le premier ou le dernier (comp. Paris, 28 nov. 1850, Roslé, Dev., 1851, II, 404; Tribun. civ. de la Seine, 8 avril 1865, Leprêtre, le *Droit* du 9 avril 1865; Marcadé, art. 722, n° 5; Demante, t. III, n° 22 *bis*, II; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 402; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 236).

115. — 3° Cette solution devrait encore être appliquée au cas même où les *commorientes*, respectivement appelés à la succession l'un de l'autre, auraient péri dans un même événement, s'il était impossible de déterminer, entre eux, la différence des âges, comme si les actes de l'état civil n'indiquaient pas les heures de naissance ou indiquaient les mêmes heures, sans aucun document de nature à éclairer la religion des juges à cet égard.

On peut encore supposer deux jumeaux entre les-

quels la différence d'âge serait impossible à établir (*supra*, nº 105); s'ils étaient de sexe différent, on pourrait sans doute présumer la survie du mâle; mais s'ils étaient de même sexe, nous demandons ce que fera la doctrine, qui prétend qu'il y a ici une *nécessité* absolue de présumer la survie de l'un ou de l'autre? Évidemment, il n'y a là, pour elle, aucune issue; car la règle, tout arbitraire qu'elle est, de la survie du plus jeune, ne peut même plus lui servir. Aussi, il faut voir à quelles solutions elle en est venue!

Toullier, par exemple, n'a-t-il pas écrit que: « si les deux jumeaux avaient quinze ans et moins de soixante, c'est le *plus robuste* qui serait présumé avoir péri le premier! » (T. III, nº 75.)

« La présomption contraire me paraît bien préférable, » a dit M. Duvergier dans sa note sur ce numéro.

Mais la vérité est qu'en droit, il n'y a ici nulle présomption de survie, ni du plus faible, ni du plus fort; et qu'à défaut de preuve positive ou de présomptions déduites des faits, on doit décider qu'aucun des deux n'a survécu à l'autre, et attribuer dès lors chaque succession au degré subséquent (comp. Marcadé, art. 722, nº 4; Demante, t. III, nº 22 *bis*, VIII; Malpel, nº 12; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 238).

116. — 4º Mais supposons que les *commorientes*, étant respectivement appelés à la succession l'un de l'autre, l'un d'eux, qui n'avait pas d'héritier à réserve avait institué un légataire universel.

Les présomptions légales de survie seront-elles alors applicables?

Si c'est, par exemple, celui qui a institué un légataire universel, qui serait présumé avoir survécu à l'autre, d'après les articles 721 et 722, aura-t-il recueilli la succession de l'autre; de telle sorte que le légataire universel la recueillerait, par voie de transmission, comme ayant augmenté d'autant la succession du testateur?

Ceci peut paraître douteux; il semblerait bien, en effet, qu'il ne s'agit plus d'étendre les présomptions légales de survie en dehors du cercle tracé par les articles 721 et 722, mais seulement d'en déterminer les conséquences. Or, nous avons constaté plus haut (n° 108) que lorsqu'une fois il est reconnu que les présomptions légales de survie sont applicables, le bénéfice peut en être réclamé, du chef de celui qui est présumé avoir survécu, par tous ses successeurs ou ses ayants cause, héritiers, créanciers, légataires, ou donataires; et dans notre espèce, le légataire universel ne fait pas, dira-t-on, autre chose.

On peut répondre toutefois que, lorsque l'article 720 exige, comme condition des présomptions légales de survie, la vocation héréditaire respective des *commorientes*, il entend parler d'une vocation sérieuse et efficace; or, au contraire, la prétendue vocation de celui des *commorientes*, qui était dépouillé, par un legs universel, de toute espèce de droit à la succession de l'autre, cette vocation-là n'était plus, en réalité, que nominale; ou plutôt elle avait cessé d'exister, puisqu'aux termes de l'article 1006, le légataire universel est saisi de toute la succession, à l'exclusion de l'héritier légitime (comp. Marcadé, art. 722, n° 7; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 403.)

117. — B. Au point où nous en sommes, et après avoir établi que les présomptions légales des articles 721 et 722 ne s'appliquent pas, même en matière de succession ab intestat, à d'autres hypothèses que celle qui est déterminément prévue par ces articles, c'est *a fortiori* que nous devons conclure qu'elles ne sont jamais applicables en matière de libéralités, soit testamentaires, soit entre-vifs ou contractuelles.

La thèse contraire a toutefois encore des partisans d'une grande autorité; et c'est surtout dans l'hypothèse où les *commorientes*, n'ayant, ni l'un ni l'autre, d'héritier à réserve, se seraient respectivement institués légataires

universels l'un de l'autre, que cette thèse a été le plus fortement soutenue.

On a invoqué, dans ce sens, soit le texte, soit les motifs de la loi :

1° Les articles 720 et suivants établissent, dit on, les présomptions de survie entre les personnes qui étaient respectivement appelées à la succession l'une de l'autre; or, la succession est légitime ou testamentaire; donc, les deux personnes, qui s'étaient réciproquement instituées légataires universels, se trouvent dans les termes mêmes de la loi; car elles étaient respectivement appelées à la succession l'une de l'autre; et cela est surtout incontestable, lorsqu'elles n'avaient ni l'une ni l'autre d'héritier à réserve (*voy.* art. 1006). C'est en vain que l'on objecterait que ces articles sont placés dans le titre des successions ab intestat; car il se trouve, dans ce même titre, un grand nombre de dispositions, que, d'un commun accord, on applique aux successions testamentaires ou contractuelles, telles que tous les articles qui se rapportent au bénéfice d'inventaire, au payement des dettes, aux effets de partage, etc.

2° La seule question est de savoir, en cas pareil, si les motifs de la loi sont les mêmes et ne réclament pas l'application extensive de ces dispositions à toutes les situations semblables; or, l'analogie ou plutôt l'identité des situations est ici, dit-on, manifeste. Les présomptions tracées par les articles 721 et 722 ont pour cause *le désir de la justice et l'amour de la vérité*. Or, cette cause a-t-elle moins de force en matière de libéralités qu'en matière de succession ab intestat? et la volonté de l'homme est-elle moins sacrée que celle de la loi? (Comp. Ricard, *des Disposit. condit.*, n°s 572 et suiv.; Malleville, sur l'article 722; Toullier, t. III, n°s 78 et 78 *bis;* Malpel, n°s 14 et 15; Taulier, t. III, p. 120; Belost-Jolimont sur Chabot, art. 720, n° 7; Vazeille, art. 722, n° 5; Poujol, art. 720, n° 11.)

La doctrine qui précède étend d'ailleurs l'application des articles 721 et 722, non-seulement au cas de mutualité des institutions testamentaires ou contractuelles, mais encore au cas d'une libéralité purement unilatérale, legs ou donation, que l'un des *commorientes* aurait faite à l'autre; et même encore plus généralement, il en est qui appliquent ces présomptions à tous les cas où une personne avait des droits subordonnés au prédécès d'une autre personne; de telle sorte que lorsque l'une et l'autre ont péri dans le même événement, sans qu'on puisse savoir laquelle est décédée la première, si, d'après les articles 721 et 722, c'est celui qui avait des droits subordonnés au prédécès de l'autre, qui est présumé avoir survécu, ses héritiers ou ayants cause peuvent réclamer ses droits dans la succession, sans avoir besoin de prouver la survie de leur auteur; ainsi, de l'un des époux donataire de son époux sous la condition de survie; d'un donataire et d'un donateur de biens à venir; d'un donataire et d'un donateur avec clause de retour, etc. (*supra*, n° 109).

Ce système nous paraît tout à fait inadmissible.

Il était autrefois repoussé par nos anciens auteurs (comp. Duplessis, t. I, p. 772; Pothier, *des Donat. testam.*, chap. v, section I, § 1).

Et nous soutenons qu'aujourd'hui encore, il n'a pour lui ni le texte de la loi, ni ses motifs :

D'une part, en effet, la place où se trouvent les articles 721 et 722, dans le chapitre I de notre titre : *De l'ouverture des successions et de la saisine des héritiers*, et les termes même de ces articles démontrent qu'ils ne sont faits que pour les successions légitimes; et nous avons remarqué déjà que le mot *succession*, dans la terminologie de notre Code, ne s'applique ni aux testaments, ni aux donations (*supra*, n°s 80 et suiv.). On objecte qu'un certain nombre de dispositions du titre *des Successions* doit être étendu aux libéralités testamentaires ou entre-

vifs. Il est vrai, mais lesquelles? celles-là seulement qui se rapportent à certains effets du droit déjà ouvert et acquis, mais non pas celles qui concernent le droit à acquérir ni la manière dont le droit s'ouvre et s'acquiert. Nul, bien entendu, n'aura jamais la pensée de proposer d'étendre aux libéralités testamentaires le bénéfice de la représentation établi, en matière de succession, par les articles 739 et suivants; eh bien! il en doit être de même des présomptions de survie des articles 721 et 722; car il s'agit, dans l'un comme dans l'autre cas, du mode de la vocation héréditaire; et l'article 1039, qui ne permet pas aux héritiers du légataire d'invoquer le bénéfice de la représentation établi par l'article 739, ne leur permet pas davantage d'invoquer les présomptions de survie établies par les articles 721 et 722.

D'autre part, les motifs qui ont pu porter le législateur à décréter certaines présomptions de survie, en matière de succession ab intestat, n'existent évidemment pas en matière de libéralités. On conçoit qu'il ait pu vouloir maintenir l'ordre des transmissions héréditaires, qu'il avait lui-même établi dans la famille; tandis qu'il n'avait aucune raison vraiment sérieuse, soit de vouloir sauver les legs d'une caducité qui profitera, au contraire, à la famille, d'après l'ordre légal de transmission, soit de trancher la question de survie ou de prédécès entre un donateur et un donataire pour favoriser l'un au préjudice de l'autre, au hasard et à l'aventure, en présumant l'ouverture ou la résolution, suivant les cas, d'une libéralité dont l'ouverture ou la résolution ne sont pas prouvées. Remarquons encore que la libéralité est personnelle à celui-là même qui en a été l'objet, et que la présomption de survie, dans le cas surtout où elle favoriserait les héritiers d'un légataire, attribuerait, en réalité, directement le legs à des individus étrangers au testateur, et qu'il n'avait nulle intention de gratifier. Sans doute, il en sera ainsi dans le cas où la survie du légataire, ne fût-ce que

d'un instant, sera prouvée; mais c'est déjà bien assez; et il n'y a certes aucune raison pour la présumer d'office et quand même!

Voilà pourquoi le législateur a laissé toutes ces hypothèses sous l'empire du droit commun, d'après lequel: « quiconque réclamera un droit échu à un individu dont « l'existence ne sera pas reconnue, devra prouver que « ledit individu existait quand le droit a été ouvert.... » (art. 135, 136, 1039).

Il importerait peu que les deux *commorientes* n'ayant pas d'héritiers à réserve, se fussent réciproquement institués légataires universels l'un de l'autre. On dirait en vain que la mort simultanée des deux *commorientes* n'étant nullement vraisemblable, il est certain que l'un des légataires a survécu à l'un des testateurs, et que, par conséquent, l'un des legs s'est ouvert et réalisé. Soit! mais lequel? c'est à vous de le prouver; car l'article 1039 ne fait aucune espèce de distinction.

Ce n'est pas avec plus de succès que l'on objecterait qu'aux termes de l'article 1006, le légataire universel est saisi de toute la succession; car ce serait encore une pétition de principe et un cercle vicieux. Lequel des légataires, en effet, a été saisi? Et puis, le légataire, même dans le cas de l'article 1006, n'a pu être saisi qu'autant qu'il a survécu au testateur. Prouvez donc sa survie!

A plus forte raison, en dirons-nous autant du cas où il ne s'agirait pas d'institutions réciproques.

En un mot, notre thèse est très-simple et se résume ainsi :

C'est à celui qui affirme qu'un droit, qui devait s'ouvrir ou se résoudre par la survie d'une personne à une autre, a été effectivement ouvert ou résolu, c'est à celui-là, qui est demandeur et qui affirme, à établir la preuve qui sert de fondement à sa prétention.

Celui-là donc qui prétend qu'un legs s'est ouvert au

profit de son auteur, doit prouver la survie du légataire au testateur.

Celui-là qui prétend qu'une donation entre-vifs, faite avec clause de retour, a été résolue par la survie du donateur au donataire, doit prouver la survie du donateur.

Et ainsi dans toutes les autres hypothèses.

La plupart des auteurs examinent ici, avec de longs développements, la question de savoir si, dans une donation de biens à venir, c'est aux héritiers du donataire à prouver le prédécès du donateur, ou si c'est aux héritiers du donateur à prouver le prédécès du donataire (*voy.* art. 1089). Nous réservons cette question et toutes les autres questions semblables; il nous suffit, quant à présent, de dire que celui-là, du côté duquel on mettra le fardeau de la preuve, devra fournir, en effet, cette preuve, sans pouvoir invoquer les présomptions de nos articles 721 et 722 (comp. *supra* n° III; Bordeaux, 29 janv. 1849, Durup, Dev., 1849, II, 625; Paris, 30 nov. 1850, Roslé, Dev., 1851, II, 404; Merlin, *Rép.*, v° *Mort*, chap. I, § 2, art. 2; Barthole sur la loi 16, ff. *de rebus dubiis;* Furgole, chap. VII, sect. VI, n° 92; Rolland de Villargues, v° *Succession*, n° 27; Duranton, t. VI, nos 45 et suiv.; Marcadé, art. 722, nos 8 et 9; Demante, t. III, n° 22 *bis*, III; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 237; D., *Rec. alph.* (nouv. édit.) v° *Succes.*, t. XLI, p. 181, n° 55).

118. — Il peut toutefois se présenter une complication assez délicate dans le système que nous venons d'adopter, et d'après lequel les présomptions de survie des articles 721 et 722 ne sont applicables qu'en matière de succession ab intestat.

Soit, en effet, l'espèce suivante :

Trois cousins, Primus, Secundus et Tertius, sont respectivement appelés à la succession l'un de l'autre.

Primus et Secundus périssent dans un même événement, sans qu'on puisse établir, ni par preuve directe, ni par présomptions, l'ordre des décès.

Il y a, en conséquence, lieu d'appliquer les présomptions des articles 721 et 722; et nous supposons que, d'après ces articles, c'est Primus qui est présumé avoir survécu à Secundus.

La succession de Secundus va donc être partagée entre Tertius, le cousin survivant, et les héritiers de Primus, qui étant présumé avoir survécu à Secundus, a transmis à ses propres héritiers la part de succession par lui recueillie.

Mais il arrive, en outre, que Secundus a fait à Primus un legs par préciput et hors part.

Les héritiers de Primus pourront-ils invoquer la présomption légale de survie des articles 721 et 722, à l'effet de recueillir le legs?

M. Duranton enseigne l'affirmative, encore bien que le savant auteur n'applique pas non plus, en thèse générale, les présomptions de survie en matière de testament et de donation; mais dans cette hypothèse spéciale, son *avis est qu'il serait inconséquent de les admettre en partie et de les rejeter en partie* (t. VI, nos 48 et 49, p. 58, note 2).

Tel est aussi le sentiment de M. Troplong : « On ne peut pas faire, dit-il, que la même personne soit prédécédée, s'il s'agit de succession légitime, et qu'elle soit décédée à une époque inconnue, s'il s'agit de savoir quel a été l'instant de la mort pour déterminer l'effet d'une donation entre-vifs ou testamentaire; cette absurdité serait choquante.... » et ailleurs : « il serait ridicule de dire que cet enfant doit être prédécédé dans un cas et non dans l'autre.... » (*Des Donat. et des Testam.*, t. IV, nos 2124 et 2132).

Quoique cette doctrine nous paraisse aussi la plus sûre, nous ne voudrions pas, pour notre part, qualifier aussi durement la thèse contraire; et il nous semble que cette thèse, loin d'être *ridicule,* pourrait invoquer des arguments assez sérieux :

Ne pourrait-on pas dire, en effet, que rien n'est plus fréquent dans le droit, que les preuves purement relatives, et que tel est même le caractère particulièrement distinctif des présomptions légales (art. 1349, 1350)? Les articles 721 et 722, établissent, en matière de succession ab intestat, certaines présomptions de survie, par des motifs tels quels, déduits des principes de la succession ab intestat; mais aucun texte n'a créé de présomptions semblables en matière de legs, où les mêmes motifs n'existent pas.

De ce que Primus est présumé avoir survécu à Secundus, à l'effet de recueillir sa succession ab intestat, s'ensuit-il nécessairement qu'il doive être aussi présumé lui avoir survécu à l'effet de recueillir le legs? cette conséquence ne paraît nullement nécessaire; car il n'y a là aucune indivisibilité; les héritiers de Primus ne peuvent-ils pas réclamer la succession de Secundus, sans qu'il en résulte qu'ils puissent réclamer le legs que celui-ci avait fait à leur auteur; et, en ce qui concerne le legs, pourquoi ne seraient-ils pas soumis à la preuve de la survie? (art. 1039; comp, notre tome II, n°s 132 et 140).

On ne saurait nier toutefois l'espèce de contradiction que ce double résultat présente; et nous comprenons, en effet, que l'on décide alors que les présomptions légales de survie sont applicables pour le legs aussi bien que pour la succession ab intestat. Le législateur, en présumant la survie pour la succession, a entendu sans doute que celui qui est présumé avoir survécu, exercerait, dans cette succession, les droits que lui aurait conférés la preuve elle-même de la survie; or, le legs fait partie de ces droits, et il peut être considéré comme un mode de règlement de la succession elle-même. Voilà ce qui paraît résulter aussi de la loi 26 au Digeste *de pactis dotalibus;* et en effet, Barthole, qui enseignait que les présomptions de survie ne s'appliquaient pas aux dispositions de l'homme, *ex dispositione hominis inter vivos vel ultima*

voluntate, Barthole, disons-nous, reconnaissait qu'il en était autrement, dans le cas où la disposition de l'homme et la vocation légale héréditaire se trouvaient exister à la fois au profit de la même personne : *quia ibi dispositio testamenti continet idem quod dispositio legis....* (sur la loi 16 ou 17, dans Barthole au Digeste, *de rebus dubiis*).

119. — Notre conclusion est donc qu'en matière de testament et de donation, les questions de survie ou de prédécès ne peuvent être décidées que suivant les règles du droit commun.

Or, nous avons vu que le droit commun reçoit, en cas pareil, tous les genres de preuve, parce qu'il s'agit d'un fait dont les intéressés ont été dans l'impossibilité de se procurer une preuve par écrit (*supra,* n°s 96, 97, 98).

Les juges pourront donc admettre la preuve par témoins et les présomptions que la loi abandonne à leur prudence et à leurs lumières (art. 1341, 1348, 1353); et rien ne s'oppose à ce qu'ils prennent en considération, comme éléments déduits des circonstances du fait, la force respective de l'âge et du sexe des *commorientes.*

Mais alors, dira-t-on, rien ne les empêche non plus d'appliquer exactement les présomptions établies par les articles 721 et 722, de les appliquer, non pas comme présomptions légales, en vertu de l'article 1350, mais comme présomptions simples, en vertu de l'article 1353; car les magistrats ont la plus grande liberté d'appréciation, quand il s'agit des présomptions que la loi abandonne à leur prudence; et il semble qu'ils ne peuvent pas mieux user de cette liberté qu'en s'appropriant les présomptions, que le législateur lui-même a cru devoir adopter.

Il se pourrait bien effectivement qu'en droit, une décision judiciaire ainsi motivée ne dût pas être cassée. Mais nous sommes tout à fait de l'avis de Demante, qui ajoute que cette décision, en fait, serait mauvaise et qu'il y aurait là un *mal-jugé* (t. II, n° 22 *bis*, V).

D'une part, c'est dans les faits particuliers de chaque espèce, que le juge doit régulièrement chercher les présomptions dont la loi lui laisse l'appréciation souveraine; or, tel n'est pas le caractère de ces présomptions purement théoriques, et d'ailleurs si incertaines, que la loi déduit, *a priori*, pour tous les cas, de la force de l'âge ou du sexe;

D'autre part, une telle doctrine, si elle se généralisait et se transformait en jurisprudence, n'aboutirait à rien moins qu'à étendre véritablement, en matière de testament et de donation, les présomptions de survie que les articles 721 et 722 n'ont établies qu'en matière de succession.

Le mieux est donc, en cas de doute absolu, d'appliquer la règle générale, d'après laquelle le défendeur doit être renvoyé de sa demande, lorsque le demandeur n'a pas fourni la preuve qui était à sa charge.

SECTION II.

DE LA SAISINE DES HÉRITIERS.

SOMMAIRE.

120. — Cette seconde partie de notre chapitre correspond, ainsi que nous l'avons dit plus haut (n° 83), à la question suivante : de quelle manière s'opère la transmission des biens du défunt au successeur qui le remplace, et quels sont les effets généraux de cette transmission?

Cette question-là est inhérente à notre sujet lui-même; et les législateurs de tous les temps ont dû nécessairement la résoudre.

C'est ainsi que le droit romain distinguait plusieurs classes d'héritiers, à l'égard desquels la dévolution de l'hérédité ne s'opérait pas de la même manière (comp. Inst. de Just., *de hæredum qualitate et differentia;* jung., *de bonorum possessionibus; voy.* aussi *infra,* n° 132).

Et, dans nos anciennes provinces françaises, le mode et les effets de la transmission héréditaire des biens étaient exprimés par la maxime célèbre : *le mort saisi le vif*, dont nous allons nous occuper bientôt (*infra,* n°s 121 et suiv.).

121. — Le Code Napoléon distingue d'abord, à cet effet, deux classes de successeurs.

Article 723 : « La loi règle l'ordre de succéder entre les « héritiers légitimes ; à leur défaut, les biens passent aux « enfants naturels, ensuite à l'époux survivant ; et s'il n'y « en a pas, à l'État. »

D'une part, les héritiers légitimes, que l'on appelle aussi quelquefois les successeurs réguliers ou parfaits ;

D'autre part, les successeurs irréguliers ou imparfaits.

La première classe comprend tous les parents légitimes du défunt : descendants, ascendants ou collatéraux, peu importe la ligne et aussi le degré. Quiconque est appelé à la succession en vertu d'un lien de parenté légitime, est héritier légitime et régulier (*voy.* le chapitre III).

Dans la seconde classe se trouvent, d'après l'article 723, les enfants naturels, l'époux survivant et l'État. Mais il faut remarquer que cette dernière partie de notre article est incomplète sous un double rapport :

1° Parce qu'elle ne mentionne pas les père et mère, et les frères et les sœurs de l'enfant naturel, qui pourtant peuvent être appelés à sa succession, de préférence même au conjoint survivant (art. 765, 766) ;

2° Parce qu'elle semblerait supposer que les enfants naturels ne sont appelés qu'*à défaut* d'héritiers légitimes, et que le concours des deux classes de successeurs serait ainsi toujours impossible ; tandis que les enfants naturels

concourent avec les héritiers réguliers, sans excepter même les enfants légitimes de leur auteur (art. 757). Ce que l'on peut dire, c'est que les enfants naturels n'ont jamais droit à la totalité des biens, qu'à défaut absolu d'héritiers légitimes; et peut-être est-ce là ce que l'article 723 a voulu seulement exprimer, ainsi que le ferait supposer l'article 724, qui porte que les enfants naturels doivent se faire envoyer en possession *par justice;* ce qui n'a lieu que dans le cas, en effet, où l'enfant naturel est appelé, *à défaut de parents,* à la totalité des biens (art. 773). Entendus en ce sens, les articles 723 et 724 seraient fort exacts.

122. — Notre Code semble réserver exclusivement le titre d'*héritier* aux parents légitimes; il déclare même formellement dans l'article 756, que *les enfants naturels ne sont pas héritiers;* et on dirait, en outre, qu'il a pris soin de ne pas même appeler du simple nom de *successeurs,* les parents naturels, le conjoint survivant et l'État. *Les biens leur passent,* dit l'article 723 ; *ils leur appartiennent...; la succession leur est acquise,* disent les articles 767 et 768.

Il serait dangereux toutefois d'attacher à ces mots une acception précise et rigoureuse, que les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas eu certainement l'intention d'y attacher dans tous les cas.

D'abord, que les enfants naturels et les autres, l'époux survivant et l'État, soient des *successeurs,* cela est incontestable; car l'article 711 met la *succession* au rang des manières d'acquérir; et c'est à la succession qu'ils sont appelés. Aussi, le chapitre IV est-il intitulé *des Successions irrégulières.*

Et même, il ne faudrait pas leur refuser toujours *a priori,* le titre d'héritier, de manière à déclarer ainsi d'avance inapplicables aux successeurs irréguliers, toutes les dispositions dans lesquelles la loi s'est servie du mot *héritier.* Ce mot, en effet, est susceptible d'acceptions nom-

breuses et diverses. Dans un sens vaste, il signifie tous les successeurs appelés par la loi, *a lege vocati...*, tous les *legitimi, hoc est, quibus legitima potuit deferri hæreditas* (L. 2, ff. *unde legitimi*); et dans cette acception étendue les successeurs irréguliers sont eux-mêmes des héritiers *legitimi*. Mais indépendamment de cette acception, il arrive très-souvent que les rédacteurs de notre Code emploient le mot *héritier*, dans le sens générique de successeur *in universum jus;* et c'est dès lors, eu égard à la place où il se trouve, et au caractère particulier de chacune des dispositions dans lesquelles il est employé, qu'il faut décider s'il ne s'applique qu'aux héritiers légitimes *stricto sensu*, ou s'il doit au contraire être étendu, soit aux successeurs irréguliers ou héritiers imparfaits, soit même à tous les successeurs sans distinction (comp. *infra*, n° 160; art. 317, 330, 727, 729, 841 etc.; *voy.* aussi notre tome V, n°s 127, 128 et 129).

123. — Quant à la manière dont la transmission des biens s'opère, et aux effets généraux de cette transmission, la différence entre les deux classes de successeurs que nous venons d'exposer, est formulée en ces termes, par l'article 724 :

« Les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des « biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation « d'acquitter toutes les charges de la succession ; les en- « fants naturels, l'époux survivant et l'État doivent se « faire envoyer en possession par justice, dans les formes « qui seront déterminées. »

Quelques développements sont indispensables sur cette importante partie de notre matière ; et nous allons examiner successivement :

1° Ce qui concerne la saisine des héritiers légitimes;

2° Ce qui concerne l'envoi en possession des successeurs irréguliers.

§ I.

De la saisine des héritiers légitimes.

SOMMAIRE.

124. — Division.
125. — A. Ce que c'est que la saisine ; son origine et son but, dans l'ancien droit germanique.
126. — De la saisine, dans les institutions féodales.
127. — Suite. — Il y avait, outre l'ouverture d'une succession, deux autres causes de saisine, savoir : l'occupation et la tradition de fait.
128. — La maxime : le *mort saisit le vif*, formait autrefois le droit commun de la France, même dans les pays de droit écrit.
129. — Mais comme la saisine héréditaire était très-peu conforme aux idées romaines, les jurisconsultes français, nourris des principes du droit romain, ne l'adoptèrent pas pleinement. — Observation.
130. — Le Code Napoléon a consacré l'ancienne saisine héréditaire, en la dégageant seulement de la fiction qui était renfermée dans sa formule.
131. — B. On pensait autrefois, et l'on pense généralement encore aujourd'hui que la saisine héréditaire produit quatre effets principaux. — Exposé.
132. — L'acquisition immédiate et la transmissibilité du droit héréditaire sont-ils des effets de la saisine légale ?
132 *bis*. — Est-il bien exact aussi de considérer comme un effet de la saisine légale, la continuation, par l'héritier, de la personne du défunt et l'obligation de payer les dettes héréditaires, *ultra vires*?
133. — L'acquisition instantanée, par l'héritier, de la possession elle-même, qui appartenait au défunt, est véritablement un effet de la saisine légale héréditaire. — Conséquences qui en résultent?
133 *bis*. — De quelles charges les héritiers sont-ils tenus? — Renvoi.
134. — L'héritier, quoique saisi légalement, peut renoncer à la succession.
135. — Suite. — Comment concilier le principe de la saisine de plein droit, avec cet autre principe que nul n'est héritier qui ne veut? En d'autres termes, la saisine légale est-elle attribuée à l'héritier sous une condition résolutoire, de telle sorte qu'il soit héritier tant qu'il n'a pas renoncé, ou seulement sous une condition suspensive, de telle sorte qu'il ne devienne héritier que par son acceptation?
135 *bis*. — Suite. — L'héritier saisi peut être valablement actionné en son nom personnel.
136. — En règle générale, l'auteur de la succession ne peut pas enlever la saisine à ses héritiers. Cette règle comporte deux exceptions.
137. — La règle française que le *partage est déclaratif*, est encore une conséquence de la saisine héréditaire. — Renvoi.
138. — C. A quels biens s'applique la saisine?
139. — La saisine légale comprend même ceux des biens dont la propriété est transmise, *a die mortis*, à d'autres qu'aux héritiers légitimes. Exemples. — Explication.

124. — Nous avons à examiner ici quatre points principaux :

A. Ce que c'est que la saisine héréditaire, et quelle est son origine;

B. Quels sont ses effets ;

C. A quels biens elle s'applique;

D. A quelles personnes elle est accordée.

125. — A. On appelle en général *saisine*, une possession revêtue d'une certaine qualité ; ou mieux encore, la

saisine, qui n'est pas, à vrai dire, la possession elle-même, consiste dans une certaine qualité de la possession, qui la rend susceptible d'effets civils.

L'idée première de la saisine se rattache à une époque où la transmission des biens ne pouvait s'accomplir qu'au moyen de formalités extérieures et solennelles; et de quelque origine qu'on la fasse descendre, soit qu'on l'attribue à l'ancien droit germanique, soit qu'on veuille qu'elle soit sortie des institutions féodales, on trouve toujours qu'elle procède d'un régime où la tradition matérielle et publique était la condition indispensable de la mutation des propriétés.

C'est ainsi que, d'après la constitution juridique des Germains, celui-là seul était considéré comme le légitime représentant de la propriété territoriale, qui avait été officiellement reconnu comme tel par la commune dont il faisait partie; et c'est, en effet, cette reconnaissance publique (laquelle résultait soit d'une tradition solennelle, soit d'un jugement), qui lui conférait le droit d'avoir la chose en sa puissance et de la défendre; or ce droit, c'était précisément la *saisine*. A quel principe de la législation ou des mœurs germaniques faut-il rattacher cette institution? Est-ce à la copropriété de famille, *condominium?* N'est-ce pas plutôt à la garantie *familiale*, c'est-à-dire à la garantie collective et solidaire qui liait tous les membres de la famille germanique? nous n'avons pas à résoudre ici cette thèse historique. Ce que nous devons seulement remarquer, c'est que, à la mort de celui qui avait la saisine, il serait arrivé, d'après ces usages, que la propriété n'aurait pas eu de représentant, jusqu'à ce que celui qui devait la recueillir, eût été publiquement reconnu et *ensaisiné* par la commune. Et voilà pourquoi, dans un intérêt privé et public tout à la fois, afin d'empêcher cette rupture et cette suspension de la saisine, c'est-à-dire de tous les droits et de tous les de-

voirs de la représentation légale des biens, le droit germanique imagina une fiction; et il supposa que les parents les plus proches du défunt étaient immédiatement reconnus et saisis par la commune, dès l'instant du décès (comp. Klimrath, *Revue de législ.*, 1835, p. 356 et suiv.; Chauffour, *Revue de législ.*, 1847, t. II, p. 74 et suiv., p. 325 et suiv., et t. III, p. 55 et suiv., compte rendu du travail de M. Renaud, de Berne; Kœnigswarter, 1844, p. 533 et suiv.; Esquirou de Parieu, *Rev. de dr. franç. et étr.*, t. I, p. 34, 357, 466, etc., et t. VII, p. 6; Simonet, *Histoire et théorie de la saisine héréditaire*).

126. — C'est avec le même caractère de fiction, que la saisine héréditaire se dégage aussi des institutions féodales.

La nécessité d'une tradition physique et solennelle pour la transmission des biens, était, comme on sait, l'une des croyances les plus accréditées et les plus populaires du moyen âge (*voy.* Michelet, *Origines du droit français*, p. 114 et suiv.). Les cérémonies de la tradition s'accomplissaient au moyen de différentes formules, que l'on appelait de noms divers, qui exprimaient tous la même idée : *vest* et *devest*, *dessaisine* et *saisine*, *déshéritance* et *adhéritance*, *mise de fait* ou *main-assise* (Denisart, v° *Saisine;* Merlin, *Rép.*, v° *Nantissement*). La solennité de cette investiture consistait principalement dans l'intervention de la puissance publique ; c'est-à-dire que, à l'époque où la féodalité eut enveloppé tout le corps social, et lorsque les seigneurs étaient devenus l'unique représentation des pouvoirs publics, c'était devant la justice seigneuriale que les parties devaient comparaître pour réaliser cette investiture. Et même, les seigneurs, dans l'exaltation de leur puissance, en étaient venus à ce point de prétendre qu'ils avaient été, dans l'origine, propriétaires de tous les biens situés dans le territoire de leurs seigneuries respectives et qu'ils en avaient conservé le domaine direct, après en avoir aliéné seulement

le domaine utile en les inféodant[1]. De là les feudistes avaient conclu que le vassal, en mourant, était censé remettre la saisine de ses biens à son seigneur, et que les héritiers étaient tenus de venir recevoir une saisine nouvelle des mains de celui-ci. Et de là aussi les devoirs de foi et hommage; les droits de relief, si c'étaient des fiefs; et les droits ou profits de saisine, si c'étaient des héritages de roture (comp. Pothier, Introduction au titre *des Fiefs*, nos 38 et suiv., et *Traité des Cens*, chap, I, sect. III, § 5).

« Mais comme ce droit (de relief ou de saisine) était odieux, dit Laurière, on introduisit que toute personne décédée serait réputée avoir remis, en mourant, la possession de ses biens entre les mains de son plus proche parent habile à lui succéder, et non entre les mains d'aucune autre personne...; d'où est venue notre règle : *le mort saisit le vif....* »

C'est, en effet, l'honneur des légistes d'avoir affranchi la propriété des liens de la tenure féodale ou censuelle. Quelles furent, dans cette lutte contre la féodalité, les armes dont ils se servirent? et quelle est l'époque de leur victoire? ces deux points sont assez obscurs; et nous n'avons pas ici à les résoudre. Il paraît bien que tout devint aux jurisconsultes instrument de guerre dans cette entreprise, et qu'ils argumentèrent à la fois contre les prétentions de la fiscalité féodale : et de l'ancienne copropriété de famille, qui avait, en partie, engendré la

1. Nous avons vu reproduire de notre temps, cette prétention au nom de l'État. On a soutenu que le droit de mutation était fondé sur un droit antérieur et supérieur de propriété dont l'État était revêtu, et qu'il devait en conséquence l'exercer, par prélèvement, au préjudice même des droits acquis à des tiers! Nous nous associons pour notre part, de toute l'énergie de notre conviction, aux protestations éloquentes et décisives, que cette doctrine antisociale a soulevées (comp. Paris, 13 mars 1855, l'adm. de l'enregistr., Dev., 1855, I, 161; Caen, 17 déc. 1855, l'adm. de l'enregistr., Dev., 1856, II, 10; Paillard de Villeneuve, *Gazette des Tribunaux* du 24 mars 1855; Gabriel Demante, *le Droit* du 4 avril 1855; Angers, 9 janvier 1856, Decré, Dev., 1856, II, 77; Troplong, *des Donat. et des Test.*, t. I, préface, p. CXLI).

saisine héréditaire dans le droit germanique; et des règles du droit coutumier français, qui, n'admettant pas l'institution d'héritier, ne pouvait pas non plus, disait-on, admettre l'espèce d'institution tacite, qui résulterait au profit du seigneur, de la possession des biens, à laquelle il prétendait; et même aussi de plusieurs fragments des jurisconsultes romains, qui, certes, ne s'attendaient guère à fournir un jour des preuves à l'appui de cette saisine héréditaire (*infra*, n° 128; comp. de Laurière sur Loisel, liv. II, tit. v, règle 1 ; Pothier, *des Fiefs*, part. II, chap. I, sect. II, art. 1).

Quoi qu'il en soit, ils réussirent! mais comme cette idée d'ensaisinement était alors profondément dans les esprits, comme on croyait à sa nécessité pour la transmission des droits, on eut recours à une fiction; et à la place de l'ensaisinement féodal, que le seigneur ne donnait plus, le mourant lui-même fut censé remettre la possession de ses biens à son parent le plus proche. De là l'une de nos plus célèbres maximes : *le mort saisit le vif...;* c'est-à-dire qu'indépendamment de toute formalité quelconque de tradition et d'ensaisinement, l'héritier fut immédiatement, après la mort de son auteur, considéré lui-même comme ayant la saisine de tous les biens, dont son auteur était saisi; et la saisine, c'est, nous le savons, la possession, ou, si l'on veut, une certaine qualité de la possession, qui la rend apte à produire des effets civils, et, par exemple, à procurer l'exercice des actions possessoires. Tel est bien, en effet, le sens principal et caractéristique que tous les anciens témoignages attachent à cette maxime :

« *En titre de succession, le hoir se peut dire incontinent,*
« *après la mort de son prédécesseur, en possession et sai-*
« *sine des biens du trépassé, dont il se dit hoir : quia sai-*
« *sina defuncti descendit in vivum....* » (*Grand coutumier de France*, liv. II, p. 138, 139, chap. XXI, édit. de Charondas).

Charondas lui-même traduit en ces termes la règle : *le mort saisit le vif,* c'est-à-dire *le rend et le fait possesseur* (*eod. loc.*, p. 159).

Paul de Castres disait de même : .... *hæres succedit in possessionem defuncti, quæ transfertur in eum sicut et dominium* (*ad. leg.* 30, ff. *de adquir. possess.*)*;* et Tiraqueau, dans son *Traité* de notre règle, *le mort saisit le vif*, n'est pas moins explicite : *mortuus facit possessorem vivum sine ulla apprehensione...; sans ministère de fait*, disait aussi la coutume de Normandie (art. 235).

Or, il est clair que cette saisine immédiate et spontanée de la possession elle-même offre encore, à cette époque, le caractère d'une fiction, sous un double rapport : soit parce que la possession, par sa nature, ne se peut acquérir sans l'appréhension physique de la chose ; soit parce que l'ensaisinement, quoique désormais dégagé de toutes formalités, était néanmoins considéré toujours comme nécessaire, et qu'il était réputé s'accomplir entre le mourant et l'héritier.

127. — L'ouverture d'une succession était donc dans nos anciennes coutumes, une des causes de la saisine.

On en comptait encore deux autres, savoir : l'occupation et la tradition de fait.

En cas d'occupation, la saisine était acquise après une possession d'an et jour, paisible, publique et à titre non précaire.

Quant à la tradition, dans le cas d'aliénation volontaire, elle consistait précisement dans l'investiture féodale :

« C'est à savoir quand le seigneur foncier luy en baille la saisine à cause de vendition, échange, don, aliénation ou autre titre; *quia facti traditio saisinam generat et inducit....* » (*Grand coutumier*, liv. II, chap, XXI, *des Cas de nouvelleté.*)

Mais, même dans le cas d'aliénation volontaire, la nécessité de prendre saisine disparut insensiblement. Il est

vrai que certaines coutumes, plus attachées, dit Denizart, à l'ancien droit de la nation, en conservèrent le génie, et qu'elles exigeaient la solennité du *vest* et *devest*, de la *dessaisine* et *saisine*, les unes pour l'acquisition du droit de propriété, les autres pour l'acquisition de tous les droits réels ; et c'est pour cela qu'on appelait particulièrement celles-ci *coutumes de nantissement* (Denizart, v° *Saisine;* Merlin, *Rép.*, v° *Nantissement*); mais la plupart des autres coutumes s'en départirent au contraire; et l'ensaisinement féodal, de nécessaire qu'il était d'abord, devint entièrement facultatif; *ne prend saisine qui ne veut*, disait entre autres la coutume de Paris (art. 82); *et à Orléans*, écrivait aussi Pothier, *cette saisine n'est pas en usage* (*Traité des Cens*, chap. I, sect. III, § 5).

128. — Quant à la saisine héréditaire, elle était admise dans presque toutes les coutumes, même parmi celles qui imposaient la nécessité *des œuvres de la loi*, pour la translation des droits de propriété.

Et elle formait si bien le droit commun de toute la France, qu'elle avait été reçue également dans les provinces de droit écrit.... *etiam in his provinciis quæ juris scripti usum habent* (Paul de Castres, *ad leg.*, 30, ff. *de adquir. possess.;* Pothier, *des Success.*, chap. III, sect. II).

Ce n'est pas, bien entendu, que cette saisine procède du droit romain; car nous venons d'assister à son origine française. Il est vrai que l'on pourrait en découvrir le premier germe dans le mode de la transmission de l'hérédité romaine aux héritiers siens et nécessaires (Inst., *de hæred. qualit. et diff.*, § 2; *de hæredit. quæ ab intest.*, § 3); et même, ce fut à l'aide de ce moyen que les légistes du moyen âge réussirent à soustraire d'abord aux exigences féodales les successions en ligne directe descendante. Mais il faut reconnaître néanmoins que le droit romain n'a pas véritablement connu notre saisine héréditaire; car, même en ce qui concerne les *hæredes necessarii*, outre qu'ils n'étaient pas héritiers *a die mortis*, mais

seulement lorsqu'il était certain qu'il n'y aurait pas d'héritier testamentaire, ils ne succédaient, en aucun cas, immédiatement à la possession elle-même, que le défunt avait eue (comp. Gaius, *Inst.*, com. IV, § 34; Pothier sur l'article 301 de la cout. d'Orléans, note 3; Savigny, *de la Possession*, p. 285). Cette vérité est encore plus manifeste à l'égard des héritiers *extranei*, et des successeurs auxquels le préteur accordait les *bonorum possessiones*, qui ne transmettaient rien avant d'avoir fait l'adition de l'hérédité (ou obtenu la possession de biens prétorienne) et qui, même après l'adition d'hérédité, n'avaient pas encore la possession : « Quum hæredes insti-« tuti sumus, adita hæreditate, omnia quidem jura ad « nos transeunt; possessio tamen, nisi naturaliter com-« prehensa, ad nos non pertinet. » (L. 23, princ., ff. *de adq. vel amitt. possess.*; Inst., *de hæred. qualit. et diff.*, § 5; *de bon. possess.*, § 8; L. 1, Cod., *de his qui ante apert. tab.*; L. 19, Cod., *de jure deliber.*)

129. — C'est précisément parce que notre maxime : *le mort saisit le vif*, était très-peu conforme aux idées romaines, que les jurisconsultes français, nourris des traditions du droit romain, ne l'adoptèrent pas, s'il était permis de parler ainsi, pleinement et franchement, avec le caractère qui lui appartenait et avec toute l'étendue des conséquences qui devaient en dériver; et nous ne doutons pas, pour notre part, que ce ne soit là l'origine et la cause première des difficultés et des tiraillements avec lesquels nous sommes encore aux prises aujourd'hui sur ce sujet (*infra*, n° 135).

C'est dès cette époque, en effet, que l'on prétendit que la saisine ne devait pas être rétorquée contre l'héritier; et de ce que les coutumes autorisaient la renonciation et avaient ajouté à la règle : *le mort saisit le vif*, cette autre règle : *il n'est héritier qui ne veut*, on voulut conclure que c'était l'acceptation ou l'immixtion, qui seule rendait le successible héritier, et que jusque-là tout demeurait en

suspens (comp. Lebrun, *des Success.*, liv. III, chap. I, n° 36; *voy.* aussi Pothier, *des Success.*, chap. III, sect. II); et cette thèse avait même trouvé place dans la rédaction ou révision de quelques coutumes (Poitou, art. 278; *Placités de Normandie*, art. 43).

Mais d'autres coutumes, au contraire, portaient formellement que « aucun n'est recevable de soi dire n'être héritier d'aucun, s'il ne répudie et renonce expressément à la succession. » (Marche, art. 56; Auvergne, chap. XXIII, art. 54.)

Et il nous paraît certain que cette doctrine était, dès cette époque, la seule conforme aux vrais principes de la saisine héréditaire (*infra*, n° 135).

130. — Les développements qui précèdent nous ont suffisamment révélé le sens de ces mots de notre article 724 :

« *Les héritiers légitimes sont saisis de plein droit....* »

C'est l'ancienne saisine française que le législateur nouveau a consacrée, en la dégageant seulement de la fiction qui se trouvait dans sa formule. Ce n'est plus le *mort* qui est censé saisir le *vif*, c'est la loi elle-même qui, *de plein droit* et de sa toute-puissance, *saisit* les héritiers qu'elle appelle.

Et cette fiction d'une saisie transmise par le mort au vif était, en effet, d'autant plus inutile, que l'on n'exigeait pas plus dans l'un la volonté de la transmettre, que dans l'autre la volonté de la recevoir; à ce point que la saisine était transmise par l'incapable à l'incapable, mineur ou insensé, et que le *mort* lui-même n'aurait pas pu l'empêcher par l'expression d'une volonté contraire (comp. Pothier, *des Success.*, chap. III, sect. II).

Le nouveau législateur, en spiritualisant ainsi tout à fait le principe de la transmission héréditaire, le mettait d'ailleurs en harmonie avec le principe général, qu'il allait inaugurer sur la transmission des biens, en décidant que la propriété serait transférée par le seul effet de

l'obligation, indépendamment de toute tradition (art. 711, 1138; *supra*, nos 2, 3). Il faut remarquer pourtant que la saisine héréditaire a toujours conservé, même dans notre droit moderne, un caractère spécial, puisque la transmission des biens par succession n'a jamais été assujettie aux formalités extérieures, telle que la transcription, que l'on exigeait dans la législation intermédiaire (art. 26 de la loi du 11 brumaire an VII), et que la loi nouvelle du 23 mars 1855 exige encore aujourd'hui (art. 1, 2).

131. — B. D'après les anciens auteurs, que nos auteurs modernes ont généralement suivis en ce point, la saisine héréditaire produirait quatre effets principaux, savoir :

1° L'acquisition immédiate par l'héritier, *a die mortis*, de la propriété et de tous les droits qui appartenaient au défunt;

2° L'acquisition, immédiate aussi, de la possession elle-même, sans aucun fait d'appréhension ;

3° La transmissibilité du droit héréditaire; de telle sorte que l'héritier, n'eût-il survécu que d'un instant au *de cujus*, et lors même qu'il aurait ignoré la mort, transmet dans sa propre succession la succession par lui acquise (art. 701; *supra*, n° 86);

4° La continuation de la personne du défunt par l'héritier, qui devient ainsi lui-même propriétaire, créancier et débiteur de tout ce dont le défunt était propriétaire, créancier et débiteur; et par suite, l'obligation indéfinie, pour l'héritier, du payement des dettes héréditaires *ultra vires*.

Il est incontestable que ces quatre propositions sont applicables à l'héritier légitime.

Mais sont-elles toutes indistinctement des effets de la saisine? Il n'est pas du tout indifférent de le savoir; car, si elles en dérivaient, il faudrait décider :

D'une part, qu'elles sont applicables à tous ceux qui ont la saisine;

Et d'autre part, qu'elles ne concernent, au contraire, aucun de ceux qui ne l'ont pas.

Or, ces deux propositions seraient fort graves; et la dernière, comme nous l'allons voir, serait même entièrement inadmissible.

132. — Sur cette question de savoir si les quatre règles qui viennent d'être posées sont véritablement des conséquences de la saisine, nous ne croyons pas que l'on puisse répondre d'une manière absolue; il est, suivant nous, nécessaire de distinguer les époques, et de ne pas confondre la saisine germanique ou féodale à son origine, et même dans ses développements à travers les temps anciens, avec la saisine actuelle, telle que l'ont considérée les rédacteurs du Code Napoléon.

Et d'abord, en ce qui concerne l'acquisition immédiate et la transmissibilité du droit héréditaire, on sera très-porté à y reconnaître deux effets de la saisine légale, si l'on songe que ces deux effets étaient refusés à l'héritier externe des Romains, précisément parce que la dévolution ne s'opérait pas immédiatement à son profit, et que l'hérédité ne lui était acquise que par son adition (*supra*, n° 120).

Cet aperçu semblerait d'autant plus exact, que, à considérer la saisine dans le droit germanique et dans les institutions féodales, on la voit, en effet, produire cette double conséquence et transmettre tout ensemble le droit de propriété et la possession (comp. Paul de Castres, *ad leg.* 30, ff. *de adquir. possess.*; Chauffour, *Revue de législ.*, 1847, t. VIII, p. 80, 93-95; Hureaux, *Revue critique de législ.*, 1856, t. VIII, p. 341).

Mais que répondre maintenant à ceci :

Les successeurs irréguliers (ni les légataires) ne sont pas saisis; et, en conséquence, si ce sont là deux effets de la saisine légale, il faudra les leur refuser, et dire qu'ils n'acquièrent pas la succession (ou le legs) *a die mortis*, et qu'ils ne transmettent pas à leurs héritiers, avant d'a-

voir eux-mêmes obtenu l'envoi en possession ou la délivrance.

Or, cette doctrine-là est impossible ; l'article 1014 porte même formellement que le legs donne au légataire, du jour du décès du testateur, un droit à la chose léguée, droit transmissible à ses héritiers ou ayants cause; et nous avons vu (*supra*, n° 106), de même que nous verrons bientôt encore (*infra*, n° 156), qu'il en est ainsi des successeurs irréguliers.

Cette dernière proposition est admise par les auteurs mêmes qui enseignent que l'acquisition immédiate du droit héréditaire et la transmissibilité sont des effets de la saisine (Duranton, t. VI, comp. n°s 54, 55 et 63 ; Toullier, t. III, n°s 82 et 90 ; Chabot sur l'article 724, n° 10 ; Marcadé, *eod. loc.;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 238).

Mais il est clair qu'il y a là une contradiction ; et M. Duvergier en fait justement la remarque (sur Toullier, *loc. supra*, note *a*).

Il faut donc reconnaître que les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas attaché à la saisine elle-même ce double effet de l'acquisition immédiate et de la transmissibilité du droit héréditaire.

«*Autre chose est la propriété*, disait M. Jaubert dans son rapport au Tribunat, *autre chose est la saisine.* » (Locré, t. XI, p. 490).

Ce que l'on pourrait dire seulement, et ce qui peut, suivant nous, se dire avec assez d'exactitude, c'est qu'il y a deux sortes de saisines : l'une, de propriété; l'autre, de possession, et que c'est seulement cette dernière saisine qui est refusée aux successeurs irréguliers, ainsi que le prouve l'article 724, qui n'a trait qu'à l'envoi *en possession*.

132 *bis*. — Pareillement, est-il bien exact de considérer comme un effet de la saisine légale la continuation, par l'héritier, de la personne du défunt et l'obligation de payer les dettes héréditaires *ultra vires?*

La vérité est que c'est là un effet de la qualité même d'héritier, et non point de la saisine. La confusion que l'on a faite depuis si longtemps à cet égard, est venue sans doute de ce que la saisine s'appliquant à l'héritier, on aura attribué à cette saisine ce qui est un effet du titre même d'héritier, toutes les fois que ce titre est acquis, de quelque manière d'ailleurs qu'il s'acquière. Mais, dans la pureté du principe, si l'héritier est tenu des dettes *ultra vires*, c'est parce qu'il est héritier et représentant du défunt; ce n'est point parce qu'il est saisi de plein droit.

Et la preuve en est que l'héritier *extraneus* des Romains, qui n'acquérait l'hérédité que par l'adition, n'en était pas moins, une fois l'adition faite, et même rétroactivement, le représentant de la personne du défunt, *ac si continuo sub tempore mortis hæredes extitissent* (L. 193, ff. *de regul. jur.*; L. 54, ff. *de adquir. et omitt. hæred.*).

On pourrait remarquer, en outre, que l'obligation de payer les dettes *ultra vires* était si peu, dans l'origine, un effet de la saisine elle-même, que d'après l'ancien droit germanique, l'héritier, quoique investi de la saisine, ne répondait pas indéfiniment de toutes les dettes du défunt (comp. analyse d'un article de M. le professeur Renaud, par M. Chauffour, *Revue de législat.*, t. II, p. 81 et 366).

Mais l'influence du droit romain ne tarda pas à introduire en France le principe de la succession universelle, de l'*unitas personæ;* et c'est dès ce temps, que, voyant réunies dans le même sujet la saisine et l'obligation de payer les dettes *ultra vires*, on s'accoutuma à dire que cette obligation dérivait de la saisine héréditaire.

Telle fut la doctrine de nos anciens auteurs (comp. Pothier, *des Success.*, chap. III, sect. II).

Et telle semblerait aussi avoir été la pensée des rédacteurs de notre Code, dans l'article 724.

D'où l'on a conclu que notre Code, considérant l'obligation de payer toutes les dettes du défunt, comme une

conséquence de la saisine, a entendu sans doute faire produire cette conséquence à la saisine, toutes les fois qu'il l'a accordée, comme dans le cas de l'article 1006, où il déclare que le légataire universel est saisi de plein droit (comp. Demante, t, III, nos 24 *bis*, 11 et 111).

Cette conclusion nous paraîtrait aussi effectivement bien déduite. Mais nous n'y attachons pas, pour notre part, une grande importance; car, suivant nous, la représentation du défunt et l'obligation de payer les dettes héréditaires *ultra vires*, ne dérivent pas, comme nous venons de l'établir, de la saisine légale; et même sous l'empire de notre Code, ce sont là toujours des effets de la succession *in universum jus defuncti;* de telle sorte que quiconque, saisi ou non saisi légalement, deviendra successeur universel ou à titre universel du défunt, sera tenu personnellement, par l'effet même de cette qualité, dès qu'il l'aura acquise, de payer, même *ultra vires,* les dettes héréditaires, pour le tout ou pour sa part et portion (art. 871, 873, 1006, 1009, 1013).

C'est là, du reste, une proposition dont nous ne nous dissimulons pas la gravité, mais que nous espérons établir bientôt (*infra*, n° 160).

133. — Reste enfin un dernier et important effet de la saisine, que nous avons mentionné plus haut (n° 131) à savoir : l'acquisition instantanée, par l'héritier, de la possession même qui appartenait au défunt.

Oh! pour celui-là, c'est autre chose! il est bien véritablement l'effet propre et caractéristique de la saisine légale héréditaire.

Et voici les trois propositions qui y sont renfermées:

1° L'héritier peut, immédiatement après l'ouverture de la succession, et sans aucune formalité ou intervention de la justice ni d'un tiers, se mettre, de sa propre autorité, en possession des biens; ou plutôt, la loi elle-même, *de plein droit*, et lors même qu'il ignorerait l'ouverture de la succession et sa vocation héréditaire, l'investit de

l'hérédité; elle ne l'invite pas seulement à y venir, à y entrer.... *ad.... ire*; elle fait bien plus! elle l'y transporte! elle le place au milieu même de la succession!

2° Par suite, l'héritier peut, *hic et nunc*, exercer toutes les actions que le défunt pouvait exercer, et de la même manière dont il pouvait les exercer, sans être tenu de fournir d'autres moyens ni d'autres preuves, que les preuves que l'on aurait pu exiger du défunt (comp. Cass., 7 mars 1826, Sombret, D., 1826, I, 269).

Toutes les actions, disons-nous, personnelles ou réelles, mobilières ou immobilières, pétitoires ou possessoires.

Même les actions possessoires; et ceci surtout est notable! car la possession, comme disait à ce sujet Pothier, est une chose de fait, qui ne peut pas s'acquérir sans appréhension (*des Success.*, chap. III, sec. II). Mais c'est que la possession du défunt devient instantanément la possession de l'héritier lui-même, qui lui succède; ce qui suppose d'ailleurs que le défunt avait acquis une possession susceptible d'engendrer l'action possessoire, qu'il ne l'avait pas perdue, et que l'héritier non plus ne l'a pas laissé perdre depuis le décès.

3° Enfin, par suite encore, l'héritier, qui peut poursuivre les tiers débiteurs et détenteurs, peut réciproquement être poursuivi par les tiers, créanciers, légataires ou autres, qui auraient des actions à former contre la succession; il peut, disons-nous, être poursuivi en sa qualité d'héritier, et condamné comme tel, sauf toutefois la faculté qui lui appartient d'opposer l'exception dilatoire des trois mois pour faire inventaire, et des quarante jours pour délibérer (art. 797, 800).

133 *bis*. — D'après l'article 724, les héritiers sont tenus *d'acquitter toutes les charges de la succession.*

Mais il en est, bien entendu, *des charges* comme des *droits;* et ceci ne se peut appliquer qu'aux charges *transmissibles*, et point à celles qui prennent fin par la mort

du débiteur, telle, par exemple, qu'une rente viagère (*infra*, n° 140).

134. — L'héritier peut aussi renoncer; car c'est une ancienne maxime, *qu'il n'y a point d'héritiers nécessaires, d'après le droit français* (Delalande, sur la cout. d'Orléans, t. II, p. 89, n° 2). Aussi, nos coutumes, en même temps qu'elles déclaraient que *le mort saisit le vif*, proclamaient cette autre règle : *il n'est héritier qui ne veut* (Loysel, *Inst. cout.*, règle 318, édit. Dupin et Laboulaye, t. I, p. 318).

Et c'est ainsi qu'en même temps que l'article 724 déclare que *les héritiers légitimes sont saisis de plein droit*, l'article 775 ajoute que *nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue.*

C'est-à-dire que l'héritier saisi peut se dépouiller de la saisine par la renonciation; c'est-à-dire, pour conserver la figure que nous avons tout à l'heure employée (*supra*, n° 133), que la loi, après avoir placé l'héritier au milieu de la succession, en laisse, si j'osais dire ainsi, la porte ouverte, non pas pour qu'il puisse y entrer (car elle l'y a transporté elle-même!), mais bien pour qu'il puisse, s'il le veut, en sortir! c'est-à-dire enfin que la saisine légale lui est accordée, sous la condition, *résolutoire* seulement, de sa renonciation! (*Voy.* notre tome II, n° 257, p. 327.)

135. — Nous devons dire toutefois que cette doctrine n'est pas unanimement reconnue.

Plusieurs enseignent, au contraire, que la saisine n'est attribuée à l'héritier que sous la condition *suspensive* de son acceptation (arg. des articles 775 et 777).

Les deux systèmes produiront, il est vrai, finalement les mêmes résultats, une fois que l'héritier aura accepté ou renoncé; car, toute condition, soit suspensive, soit résolutoire, ayant, lorsqu'elle s'accomplit, un effet rétroactif (art. 1179, 1183), l'effet de l'acceptation (art. 785), ou de la renonciation (art. 777), devra, dans

tous les systèmes, dater du jour de l'ouverture de la succession.

Mais il n'en importe pas moins beaucoup de déterminer de quelle nature est ici la condition, sous laquelle la saisine est attribuée à l'héritier, si elle est suspensive ou seulement résolutoire.

Il faut bien savoir, en effet, quelle est la situation de cet héritier, tant qu'il n'a encore rien dit ni rien fait, ni accepté ni renoncé! et l'intérêt de cette thèse se révèle surtout dans les deux questions que voici :

1° Peut-on, en cet état, poursuivre et faire condamner l'héritier, en cette qualité, sans être obligé de prouver qu'il a fait un acte d'acceptation? ou faut-il, au contraire, prouver qu'il s'est lui-même rendu héritier par un acte d'acceptation?

2° Si l'héritier est resté pendant trente ans dans cet état d'inaction, qu'arrive-t-il? et quel est son état?

Ce n'est pas ici le lieu ni le moment de traiter ces deux difficultés, qui reviendront plus tard à la place qui leur appartient.

Il est toutefois impossible de ne pas poser, dès à présent, le principe qui devra nous servir à les résoudre; car ce principe, c'est celui sur lequel repose essentiellement, suivant nous, la saisine héréditaire elle-même.

Eh bien! donc, on a prétendu, depuis bien longtemps, que la saisine était en suspens, tant que l'héritier n'avait ni accepté, ni renoncé; et que comme elle avait été introduite en sa faveur, elle ne devait pas être rétorquée contre lui.

C'est la thèse que l'on soutenait déjà à l'égard de l'héritier sien du droit romain, qui, comme on sait, pouvait se libérer des charges héréditaires au moyen du bénéfice *d'abstention* (Inst. de Just., *de hæred. qual. et diff.*, § 2); et de nombreux docteurs prétendaient que c'était aux créanciers héréditaires, qui poursuivaient l'héritier sien, à prouver contre lui, qu'il ne s'était pas abstenu *ab*

hæreditate et qu'il s'y était immiscé (Menochius, *Prescript.* 4, p. 99; Hilligerus sur Doneau, lib. VII, cap. II, note 20; Voët, *ad Pandect. de adq. vel omitt. hæredit.*, n° 7); tandis que d'autres, au contraire, enseignaient que le créancier poursuivant n'avait rien à prouver, et que c'était à l'héritier sien à déclarer qu'il s'abstenait; de telle sorte que tant qu'il ne disait rien, il était héritier : *filius, ergo hæres!* (Comp. Averani, *Interpret. juris*, lib. I, cap. IX; Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Héritier*, § 1; Cass., 21 floréal an X, Saint-Martin.)

C'est la même thèse aussi que l'on a soutenue dans notre ancien droit français, et que l'on soutient encore dans notre droit nouveau, à l'égard de notre héritier saisi.

Il ne faut pas, disait Lebrun, rétorquer contre lui la saisine (*des Success.*, liv. III, chap. I, n° 36); et Pothier lui-même, un peu hésitant sur ce point, après avoir enseigné que la saisine fait acquérir la succession à l'héritier même *ignorans*, et que sa volonté n'y est pas nécessaire, écrivait pourtant, après cela, « que la saisine de l'héritier établie par la maxime : *le mort saisit le vif*, est en suspens jusqu'à ce que l'héritier se soit décidé sur le parti de l'acceptation ou de la répudiation de la succession. » (*Des Success.*, chap. III, sect. II.)

Et encore, sous l'empire de notre Code, on a enseigné *qu'entre l'homme qui accepte une hérédité et celui qui la répudie, il y a un état intermédiaire; et que cet état est celui de l'homme qui s'abstient de toucher aux biens héréditaires, et qui ne se prononce ni pour l'acceptation ni pour la répudiation.... Et que doit faire alors*, dit-on, *le créancier? Il doit forcer l'héritier qui s'est tenu dans cet état de réserve, à prendre formellement qualité; et alors, de deux choses l'une : ou l'héritier accepte, ou il répudie; s'il accepte, le créancier aura valablement agi contre lui...*, etc. (M. Troplong, *Rev. de législ.*, 1836, p. 184 et 193.)

Mais cette théorie nous paraît tout à fait contraire aux

textes mêmes de la loi, non moins qu'aux principes dont ces textes sont l'expression :

1° Aux termes de l'article 724, *les héritiers* légitimes sont saisis *de plein droit* des biens, droits et actions du défunt, *sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession.*

Les *héritiers*, dit notre texte. Donc, c'est à ce titre que les parents appelés à la succession sont investis de la saisine; donc, ce titre leur est imprimé par la loi elle-même *de plein droit*, indépendamment de toute acceptation de leur part.

Sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession. Donc, cette obligation s'applique aux héritiers comme la saisine elle-même, c'est-à-dire *de plein droit*, et sans qu'il soit nécessaire qu'ils aient accepté; car il ne paraît pas douteux qu'en ajoutant cette phrase dans notre article, qui consacre, si l'on peut s'exprimer ainsi, l'effet passif de la saisine légale, les auteurs du Code Napoléon ont voulu repousser l'ancienne doctrine, d'après laquelle la saisine, disait-on, ne devait pas être rétorquée contre l'héritier.

2° L'article 785 est, de tous points, d'accord avec l'article 724, lorsqu'il dispose que :

« L'héritier qui renonce *est censé* n'avoir jamais été héritier. »

C'est précisément parce qu'il était héritier tant qu'il n'avait pas renoncé, que l'on est obligé de supposer et de feindre qu'il ne l'a pas été; il est *censé*, dit notre texte, n'avoir jamais été héritier. Voilà bien la condition *résolutoire* de la saisine!

On objecte l'article 777, qui dispose, au contraire, que :

« L'effet de l'acceptation remonte au jour de l'ouverture « de la succession. »

D'où l'on prétend conclure que l'héritier n'était pas censé acceptant dès cette époque, puisque ce n'est que

par son acceptation que cet effet se produit rétroactivement.

Nous croyons que tous les systèmes doivent reconnaître que ces deux articles 785 et 777 présentent une véritable contrariété de doctrine; et la vérité est qu'ils sembleraient appartenir à deux systèmes différents de législation. Car, si la renonciation opère la résolution *in præteritum* de la qualité d'héritier, c'est évidemment que cette qualité existait, indépendamment de toute acceptation, dès le jour de l'ouverture de la succession; et, si elle existait indépendamment de l'acceptation, ce n'est évidemment pas l'acceptation qui la fait remonter à cette époque. Le Code porte donc ici la trace des anciennes résistances, que le principe de la saisine héréditaire rencontra autrefois chez les jurisconsultes français et des contradictions qui en résultèrent, de ces contradictions auxquelles la raison, toujours si sûre, de Pothier lui-même, n'avait pas échappé (comp. *supra*, n° 129).

Il faut donc choisir entre la doctrine de l'article 777 et celle de l'article 985; or, ce choix n'est pas, à notre avis, difficile; car tous les autres articles du Code et les principes les plus essentiels de ce sujet proclament que c'est dans l'article 785 que se trouve la véritable théorie de notre droit.

3° Nous avons déjà cité les articles 724 et 785. Il faut y ajouter encore le texte conforme de l'article 784, qui porte que *la renonciation à une succession ne se présume pas*, et des articles 797 à 800, comme aussi de l'article 174 du Code de procédure, d'où il résulte que l'héritier saisi peut être poursuivi et assigné en cette qualité dès le moment de l'ouverture de la succession (sauf seulement l'application de l'article 877, qui n'est d'ailleurs lui-même qu'une conséquence de la saisine de plein droit); si l'héritier assigné n'oppose pas l'exception dilatoire des trois mois et quarante jours, et dans tous les cas, après l'expiration de ce délai, s'il n'a pas renoncé ou du moins

accepté sous bénéfice d'inventaire, il sera condamné comme héritier pur et simple; et cela, encore une fois, sans que le créancier poursuivant ait à prouver que l'héritier a fait un acte d'acceptation. Donc, il n'est pas exact de dire, comme on l'a fait (M. Troplong, *supra*), que le seul droit du créancier de la succession est de *forcer l'héritier à prendre qualité;* donc, la loi, en permettant que l'héritier soit condamné, même par défaut, comme héritier pur et simple, avant qu'il ait accepté, proclame que cette qualité est, en effet, la sienne, indépendamment de toute acceptation; car autrement, les conclusions prises par le demandeur contre l'héritier assigné *en cette qualité*, quand l'héritier défendeur fait défaut, ces conclusions ne seraient *pas justes et bien vérifiées* comme elles doivent l'être aux termes de l'article 150 du Code de procédure; or elles le sont, au contraire, aux yeux de la loi, puisque l'héritier peut être condamné comme tel, même alors qu'il fait défaut.

4° Voilà la théorie de la saisine héréditaire, telle que l'ont constituée les textes mêmes de notre Code.

Et ces textes sont parfaitement conformes aux vrais principes, à l'objet et au but de l'institution de la saisine légale. C'est se placer à un point de vue trop étroit, que de prétendre que la saisine n'a été introduite que dans l'intérêt de l'héritier, et qu'elle ne doit pas être rétorquée contre lui. Établie d'abord, il est vrai, dans l'intérêt, en quelque sorte, privé de la propriété, pour la soustraire aux exigences féodales, la saisine héréditaire a pris ensuite, à travers les temps, un autre caractère; et elle s'est élevée au degré ou elle est aujourd'hui, c'est-à dire à la hauteur d'une institution publique. *Le roi est mort, vive le roi!* disaient nos pères, afin de préserver l'État des commotions d'un interrègne et des dangers d'une lacune dans le gouvernement de la société (comp., Loisel, *Inst. cout.*, règle 21, édit. Dupin et Laboulaye; Phillips, *Revue* de Savigny, t. VII, p. 20). Notre saisine héréditaire n'est pas

autre chose! Dans le droit privé, elle a pour objet aussi de conserver la tradition des patrimoines et des familles, et d'empêcher, à chaque décès, la suspension et l'interruption de tous les rapports, actifs et passifs, du patrimoine du *de cujus* avec les tiers. La saisine légale n'est donc pas plus, à vrai dire, pour l'héritier que contre l'héritier; elle a pour lui, sans doute, de grands avantages; et il n'est pas injuste, dès lors, qu'il supporte les inconvénients qui en sont inséparables. Mais la vérité est qu'elle est dans l'intérêt de tout le monde, s'il est permis de dire ainsi : des héritiers, des créanciers, ou autres intéressés, et de l'État lui-même.

Nous concluons donc que l'héritier, placé par la loi, dès le jour du décès, au milieu de la succession, est héritier, tant qu'il y reste;

Qu'en cet état, et la porte de l'hérédité demeurant ouverte, il peut :

Soit s'y enfermer lui-même volontairement, et se mettre désormais ainsi dans l'impossibilité d'en sortir; c'est l'acceptation;

Soit en sortir, les mains vides, bien entendu, et sans rien emporter (art, 892, 801); c'est la renonciation.

Voilà en quel sens la saisine est subordonnée à l'acceptation ou à la renonciation; en ce sens que l'acceptation la confirme et la rend irrévocable, sans rien ajouter ni aux titres, ni aux droits et aux obligations déjà existants sur la tête de l'héritier; tandis que, au contraire, la renonciation en opère rétroactivement la résolution.

Si donc l'héritier n'a rien dit ni rien fait, ni accepté ni renoncé, il reste ce que la loi l'a fait, c'est-à-dire héritier; il reste où la loi l'a mis, c'est-à-dire au milieu de la succession.

« En France, disait Étienne Pasquier, la seule abstinence ne suffirait pas pour n'être déclaré héritier; outre icelle, il faut renonciation expresse. » *Interprét. des Inst. de Just.*, liv. II, chap. cvi.)

On ne saurait mieux conclure encore aujourd'hui (*voy.* notre tome II, n° 257; Riom, 1er févr. 1847, Aulagne; et Paris, 3 févr. 1848, Barré, Dev., 1848, II, 257, 262; comp. Demante, t. III, n° 24 *bis*, VI et VII; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. III, n° 413).

135 *bis*. — La Cour de cassation a même jugé que l'héritier peut, par suite de la saisine légale, être condamné en cette qualité, lors même qu'il n'aurait été actionné qu'en son nom personnel. (9 janv. 1860, Sanson, Dev., 1860, I, 652.)

Et cette décision nous paraît, en effet, conforme aux véritables principes, tels que notre article 724 les consacre (*voy.* aussi *infra* le tome II, nos 264 et 512.)

136. — C'est précisément parce que la saisine héréditaire est, à certains égards, d'ordre public, qu'elle est attribuée par la loi *de plein droit;* de telle sorte que l'auteur de la succession lui-même ne peut pas l'enlever à ses héritiers (comp. art. 273 de la cout. de Poitou; Pothier, *des Success.*, chap. III, sect. II).

Telle est, en effet, la règle.

Mais cette règle admet deux exceptions, savoir :

1° Dans le cas de l'article 1006, lorsque le défunt, ne laissant pas d'héritier à réserve, a institué un légataire universel;

2° Dans le cas de l'article 1026, qui autorise le testateur à donner, pendant l'an et jour, à compter de son décès, la saisine de tout ou de partie de son mobilier à un exécuteur testamentaire.

Et encore, verrons-nous plus tard (sur l'article 1026), que l'exécuteur testamentaire n'est, en réalité, qu'un dépositaire, qu'un séquestre, qui ne possède qu'au nom de l'héritier; de telle sorte que cette espèce de saisine, qui lui est est attribuée, ne fait pas absolument obstacle à la vraie saisine de l'héritier; c'est ce que Dumoulin exprimait ainsi : « ....Hæc consuetudo non facit quin « hæres non sit saisitus ut dominus, sed operatur quod

« executor potest ipse manum ponere et apprehendere;...
« et etiam non est verus possessor, et nisi ut procurator
« tantum. » (Cout. de Paris, art. 95, nos 18 et 11; ajout. Ricard, *des Donations*, part. II, nos 71 et suiv.).

Voilà aussi pourquoi Pothier enseigne que *l'exécuteur testamentaire ne possédant les biens qu'au nom de l'héritier, il est évident qu'il ne peut pas former contre lui la complainte* (*des Donations test.*, chap. v, sect. I, art, 2, § 4; comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. V, n° 54).

137. — Il faut encore mentionner ici comme un effet, plus éloigné sans doute, mais qui dérive pourtant aussi de la saisine héréditaire, cette autre règle de notre ancien droit français, reproduite dans l'article 883, en ces termes :

« Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et
« immédiatement à tous les effets compris dans son lot
« ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la
« propriété des autres effets de la succession. »

Nous reconnaîtrons bientôt que ces deux maximes toutes françaises de la saisine héréditaire et de l'effet déclaratif du partage, procèdent l'une de l'autre; et c'est ainsi que l'on a pu dire très-justement que « le caractère déclaratif du partage n'est que le développement logique et le dernier terme de la maxime : *le mort saisit le vif.* » (De Valroger, *Revue de droit franç. et étranger*, 1850, p. 120).

138. C. — A quels biens s'applique la saisine?

Les héritiers légitimes sont saisis, dit l'article 724, *des biens, droits et actions du défunt....*

Cette formule, dans son pléonasme même (car un seul de ces trois mots aurait suffi, et il serait même plus correct de déclarer simplement qu'ils sont saisis de tous les biens), cette formule, disons-nous, témoigne que la saisine comprend toutes les valeurs héréditaires, meubles ou immeubles, corporelles ou incorporelles, tout ce qui

enfin appartenait au défunt, ou était même seulement possédé par lui.

139. — La saisine s'applique même à ceux de ces biens dont la propriété est transmise, *a die mortis*, à d'autres qu'aux héritiers légitimes, soit en vertu de la loi, soit en vertu de la volonté du défunt.

C'est ainsi que, d'une part, les héritiers légitimes, en concours avec des enfants naturels du *de cujus*, n'en sont pas moins saisis de la totalité de la succession, sauf aux enfants naturels à former contre eux une demande en partage et en délivrance (comp. art. 723, 724, 757; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 507).

D'autre part, les légataires particuliers et les légataires à titre universel sont également tenus de demander la délivrance aux héritiers légitimes, que ces sortes de dispositions n'empêchent pas non plus d'être saisis de la succession tout entière (comp. art. 724, 1004, 1011, 1014).

Et ceci prouve bien que la saisine, dans son acception spéciale, diffère de la propriété, qu'elle a trait surtout à la possession (*supra*, n° 133); car nous voyons ici ce double phénomène, savoir : que celui qui a la propriété n'a pas la saisine; tandis que celui qui a la saisine n'a pas la propriété.

Remarquons, au reste, que cette saisine, qui est attribuée à l'héritier légitime des biens qui sont dévolus à des successeurs irréguliers ou à des légataires, que cette saisine, disons-nous, est purement provisoire et n'est, en réalité, que d'assez médiocre importance.

On a fondé sur deux motifs cette investiture, dans la personne de l'héritier, de toute la succession, à l'encontre des successeurs irréguliers et des légataires : d'une part, sur la déférence due à l'héritier du sang, sur l'honnêteté publique, sur la bienséance, qui exigent, dit-on, qu'il ne soit dépouillé qu'après avoir pu examiner et critiquer le titre qui anéantit ses droits; et d'autre part lorsqu'il

est réservataire, sur la nécessité de garantir sa réserve, qui pourrait courir des dangers, si tous les biens allaient de suite aux légataires (comp. Bigot-Préameneu, Tronchet, Locré, t. XI, p. 247, 253 et 404).

Mais finalement, ce n'est là qu'une saisine toute momentanée, et qui, sauf dans certains cas, la retenue des fruits (art. 1015), s'efface complétement *in præteritum*, une fois que la délivrance a été faite aux successeurs irréguliers ou aux légataires, qui sont alors considérés comme ayant succédé au défunt sans aucun intermédiaire (*infra*, n°s 155 et suiv.).

140. — Il faut remarquer toutefois que la saisine, malgré sa généralité compréhensive, ne saurait s'appliquer :

1° Ni aux droits ou biens, qui, par leur nature, sont intransmissibles et qui se sont éteints sur la tête du *de cujus* (*supra*, n° 133 *bis*), tels que la rente viagère ou l'usufruit; et c'est en ce sens que Pothier enseignait que l'héritier du mari n'est point saisi des propres de sa femme, quoique le défunt en fût en possession; pas plus que l'héritier de l'usufruitier n'a le droit de se mettre en possession de l'héritage dont son auteur avait l'usufruit (*des Succes.*, chap. III, sect. II; *voy.* aussi notre tome X, n° 635);

2° Ni aux biens, sur lesquels le défunt lui-même n'avait qu'un droit qui devait, par l'effet de son prédécès, se résoudre ou se transmettre au profit d'un autre :

Tels que les biens grevés, dans ses mains, de substitutions ;

Les biens dont il n'était donataire que sous la condition du droit de retour au profit du donataire survivant;

Ou les biens qu'il avait lui-même donnés entre-vifs, par contrat de mariage, sous la condition de la survie du donataire.

Car, dans ces différents cas, aucun texte ne soumet les appelés, ni le donateur avec stipulation de droit de retour,

ni les donataires éventuels, à former une demande en délivrance contre les héritiers légitimes. Comme leur droit reposait sur un titre indépendant de la volonté du *de cujus*, il paraît juste qu'ils entrent immédiatement, *a die mortis*, en possession des biens qui sont les leurs. Telle est, en effet, aussi la pratique. Nous reviendrons d'ailleurs plus tard sur ces différents points (comp. le tome V de ce *Traité*, n° 616, et le tome VI, n° 332).

141. D. — Il nous reste à voir à quels héritiers la saisine est attribuée.

L'article 724 répond à notre dernière question, en ces termes :

« *Les héritiers légitimes sont saisis de plein droit....* »

Donc, tous les héritiers légitimes, mais aussi seulement les héritiers légitimes.

Et d'abord, disons-nous, la saisine appartient à tous les héritiers légitimes, lorsqu'ils sont, bien entendu, en ordre de succéder (*infra*, n° 148) :

Non-seulement donc, aux enfants ou descendants du *de cujus*, mais encore à ses ascendants et à ses collatéraux. Tel est le sens de cet adage que l'on trouve dans les sources anglaises : *saisina facit stipitem*, et qui exprime, en effet, que la saisine, par la manière instantanée dont elle substitue au défunt ses parents, même collatéraux, crée, en quelque sorte, une postérité à celui qui n'en avait pas (Philipps, *Revue* de Savigny, t. VII, p. 10; Chauffour, *Revue de législ.*, 1847, t. II, p. 79).

Tel était aussi notre ancien droit français, à l'exception toutefois de quelques coutumes, telles que celles de Valenciennes (art. 147), et de Bretagne (art. 546), qui n'attribuaient pas la saisine en ligne collatérale (comp. *Grand coutumier de France*, l. XI, chap. XXI; *Nouveau Denizart*, v° *Adhéritance*, n° 3).

Et la règle était la même, sous la législation intermédiaire, d'après la loi du 17 nivôse an II (comp. Cass., 6 germinal an XIII, Sirey, 6, I, 83; Riom, 1er févr. 1847,

Aulagne; et Paris, 3 févr. 1848, Barré, Dev., 1848, II, 257 et 261).

142. — Mais aussi, les héritiers légitimes seuls sont saisis de plein droit.

Telle est la règle, d'où il résulte que la saisine n'appartient pas :

1° Aux successeurs irréguliers, ni aux enfants naturels, ni au conjoint survivant, ni à l'État, ni au père ou à la mère naturels, pas plus qu'aux frères et sœurs de l'enfant naturel, qui peuvent être appelés dans le cas de l'article 766;

2° Aux légataires particuliers, ni à titre universel, ni même universels, si ce n'est dans le cas de l'article 1006 (*supra*, n° 139).

143. — Lebrun enseignait que l'héritier présomptif, qui renonce à la succession pour se tenir à son legs, est saisi des choses qui lui sont léguées.

« Cela ne me paraît pas véritable, » disait Pothier (*des Success.*, ch. III, sect. II).

Et certainement, Pothier aurait encore raison aujourd'hui (art. 785).

144. — Ce n'est, d'ailleurs, bien entendu, qu'à l'héritier légitime capable de recueillir que la saisine appartient.

Nos anciennes coutumes ajoutaient ces mots : « le mort saisit le vif, son plus prochain héritier *habile à lui succéder.* » (Orléans, art. 301; Paris, art. 313.)

Ce qui se sous-entendrait assez, disait Pothier, quand même on ne l'aurait pas ajouté (*de Succes.*, chap. III, section II); et, en effet, celui-là qui n'est pas capable de succéder n'est pas, à vrai dire, héritier (comp. art. 25, 725).

145. — L'héritier qui se trouve dans un cas d'indignité, aux termes de l'article 727, n'est-il pas néanmoins toujours saisi, tant que son indignité n'a pas été prononcée?

Question délicate, qui ne peut être résolue qu'à l'aide

des principes particuliers sur l'indignité en matière de succession, et que nous retrouverons bientôt à sa place (*infra*, nos 273 et suiv.).

146. — Mais, dès que l'héritier est capable de recueillir, il est saisi, quel que soit d'ailleurs son état personnel : majeur, mineur ou interdit. Il est vrai que, d'après les principes de l'ancien droit germanique, la saisine fondée, en partie, sur la garantie familiale, n'appartenait qu'aux individus en état de se défendre, et à l'exclusion, en conséquence, des femmes et des enfants (*supra*, n° 125). Mais, dès la période coutumière, cette différence avait disparu; et c'était un principe incontestable en France que la saisine appartenait à tous les héritiers sans distinction (comp. Delalande sur Orléans, II, p. 3; Tiraqueau, Tr. *le mort saisit le vif*, p. 2, déclar. 17; cout. de Normandie, art. 235).

147. — Deux questions importantes sont là maintenant devant nous sur cette partie de notre sujet :

1° La saisine est-elle attribuée seulement à chacun des héritiers les plus proches pour sa part, à chacun de ceux qui sont appelés par l'ordre et le degré de leur parenté, à succéder au *de cujus?* Ou, au contraire, appartient-elle, en même temps et collectivement, à tous les parents du défunt, soit du même degré, soit des degrés plus éloignés, jusqu'au dernier degré successible (art. 755)?

2° En cas de renonciation d'un héritier saisi, son cohéritier ou l'héritier du degré subséquent, est-il lui-même saisi de la part et des droits du renonçant? En d'autres termes, la saisine n'opère-t-elle qu'une seule fois, au jour du décès, au profit des héritiers les plus proches à cette époque? Ou, au contraire, est-elle accordée successivement à chacun des parents plus éloignés, qui deviennent héritiers par suite de la renonciation des parents plus proches?

148. — 1° Et d'abord, la saisine appartient-elle, collectivement et en quelque sorte solidairement, à tous les

parents du défunt, même jusqu'au degré successible le plus éloigné, tant que les parents les plus proches n'ont pas accepté ?

L'affirmative a des partisans d'une grande autorité, qui, pour justifier leur doctrine, s'appuient soit sur des raisons historiques et philosophiques, soit sur les textes mêmes du Code Napoléon :

D'une part, dit-on, la saisine héréditaire était fondée, dans l'ancien droit germanique, sur la copropriété de famille, qui était considérée comme un *condominium pro indiviso*; or, c'est de cette source qu'est venue, dans notre droit moderne, l'institution de la saisine; donc, elle a encore aujourd'hui, chez nous, la même base et le même caractère; et ce caractère d'ailleurs, conforme à son origine historique, ne se justifie pas moins au point de vue philosophique; car l'hérédité, envisagée comme objet du droit de succession, est aussi indivisible que le patrimoine considéré comme objet du droit de propriété de celui auquel il appartient.

D'autre part, l'article 724, très-différent de la coutume de Paris (art. 318) et des autres, qui n'attribuaient la saisine qu'à l'hoir *le plus proche*, l'article 724 l'attribue aux *héritiers légitimes*, sans distinguer ni s'ils sont seuls héritiers de leur degré ou s'ils ont des cohéritiers, ni s'ils sont les plus proches ou les plus éloignés; et les articles 785 à 789 renferment, en effet, des dispositions qui ne se peuvent expliquer que par le principe de cette saisine, à la fois individuelle et collective pour le tout.

Et de là cette doctrine déduit plusieurs conséquences fort graves :

La première, que le cohéritier, ou l'*héritier* plus éloigné, peut se mettre seul en possession de l'hérédité tout entière tant que ses cohéritiers ou les héritiers plus proches s'en abstiennent;

La seconde, qu'ils peuvent revendiquer contre les tiers la totalité de la succession, sans que ceux-ci aient le droit

de leur opposer, dans le premier cas, qu'ils ne sont pas les seuls héritiers, et dans le second, qu'ils ne sont pas les héritiers les plus proches, ou plutôt qu'ils ne sont pas héritiers du tout;

La troisième, que les aliénations de biens héréditaires et les actes quelconques qui ont été faits par le parent qui s'est mis ainsi en possession de toute l'hérédité, lorsqu'il y avait des cohéritiers, ou même lorsqu'il y avait des héritiers plus proches, que ces aliénations sont valables et ne pourraient être attaquées qu'au moyen de l'action Paulienne (comp. Paris, 1er mai 1830, Hervé, D., 1830, I, 217; Cass., 26 août 1833, mêmes parties, D., 1833, I, 307; Cass., 16 janv. 1843, de Rastignac, Dev., 1843, I, 97; Cass., 19 janv. 1865, Buret, Dev., 1865, I, 270; Nouveau-Denizart, v° *Héritier*, § 2, n° 16; Renaud, professeur à Berne, compte rendu par M. Chauffour, *Revue de législ.* de Wolowski, 1847, t II, p. 78, 86, 328 à 330; Zachariæ, Massé et Vergé, t. II, p. 296 et suiv.; Blondeau, *de la Séparation des patrimoines*, p. 642 et suiv.).

Mais cette théorie nous paraît, de tous points, inadmissible; et nous croyons qu'il faut tenir, au contraire, pour certain que la saisine n'est attribuée qu'à ceux qui, par l'ordre et le degré de leur parenté avec le défunt, sont appelés à sa succession, et qu'elle n'est acccordée à chacun d'eux que dans les limites de sa vocation héréditaire.

Il importe d'abord de remarquer que la saisine ne nous est venue du droit germanique qu'en passant, si je puis m'exprimer ainsi, par nos anciennes coutumes françaises, et qu'elle n'a pu dès lors nous arriver qu'avec les modifications qu'elle y avait reçues; or, précisément notre droit coutumier n'attribuait la saisine *qu'au plus prochain héritier.* Il est vrai que M. le professeur Renaud soutient que les termes de nos vieilles coutumes n'avaient pas modifié les principes germaniques, parce que ces termes n'ont trait, suivant lui, qu'aux relations des pa-

rents entre eux, et nullement aux relations des parents à l'égard des tiers (*loc. supra cit.*, p. 329). Mais le témoignage des anciens auteurs atteste, au contraire, que la maxime du droit coutumier s'entendait généralement d'une manière absolue, et que le parent qui n'était pas appelé à la succession, n'était, sous aucun rapport, considéré comme saisi, pas plus que celui qui n'y était appelé que pour une part, n'était considéré comme saisi au delà de cette part (Pothier, *des Success.*, chap. III, sect. II).

Et cela prouve, du même coup, que l'argument philosophique que l'on a déduit de la prétendue indivisibilité du droit des successions n'est pas mieux fondé; car il est clair que la vocation héréditaire et la saisine qui en est la conséquence, sont parfaitement susceptibles de division (comp. Limoges, 18 nov. 1847, Debeaune, Dev., 1848, II, 92; Cass., 5 juillet 1852, Moreau, et 21 juillet 1852, Petit, Dev., 1852, I, 491 et 741).

Et maintenant, les articles de notre Code ont-ils changé le principe de nos anciennes coutumes? On prétend que ce changement résulte de l'article 724 ; mais il est facile de reconnaître que cet article lui-même en est, au contraire, la formelle consécration : D'une part, en effet, ce sont *les héritiers légitimes* qu'il déclare saisis ; or, tous les parents au degré successible ne sont pas *héritiers*, mais bien ceux-là seulement qui sont appelés à la succession du *de cujus*, d'après l'ordre que la loi a établi (art. 723, 731) ; le frère par exemple, n'est pas *héritier*, lorsque le *de cujus* laisse un fils, pas plus que le cousin, lorsque le *de cujus* laisse un frère. D'autre part l'article 724 ne déclare les héritiers légitimes saisis que *sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession ;* or, l'on convient que cette obligation ne pèse pas sur les parents qui ne sont pas en ordre de succéder, et qu'ils ne pourraient pas être poursuivis par les créanciers; et il faut bien, en effet, que l'on en convienne, sous peine de se jeter dans les embarras et les inextricables complications qui résulteraient

d'un droit de poursuite collectif des créanciers de la succession contre tous les parents du défunt jusqu'au douzième degré (art. 870, 1220); mais il est clair que l'on convient, par cela même, qu'ils ne sont pas compris dans l'article 724. En ce qui concerne les dispositions renfermées dans les articles 785 à 789 qui, dit-on, seraient la conséquence du principe de la saisine collective, nous verrons qu'elles s'expliquent et se justifient très-logiquement sans le secours de cette théorie; et si, par exemple, après la renonciation de l'héritier plus proche, le parent le plus éloigné a été saisi de la succession, en vertu de l'article 724, dès le jour de son ouverture, c'est tout simplement parce que la renonciation a un effet rétroactif, et que l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier.

Quant aux conséquences que cette théorie déduit de sa prémisse, savoir : le droit pour tous les parents au degré successible de se mettre en possession de la succession; le droit de pétition d'hérédité contre les tiers; la validité des aliénations consenties; nous allons nous en expliquer bientôt (*infra*, n° 152). Mais à supposer même que ces propositions, ou quelques-unes d'entre elles, dussent être admises, ce qui nous est dès à présent acquis, c'est qu'elles ne résulteraient pas d'une prétendue saisine collective, que notre Code ne reconnaît absolument pas (comp. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 242; Massé et Vergé, t. II, p. 297; *voy.* aussi notre tome II, n° 257).

149. — Autrefois, on admettait une saisine, en quelque sorte, éventuelle et subsidiaire, au profit du parent plus éloigné qui se portait héritier pur et simple, à l'encontre du parent plus proche qui ne voulait accepter que bénéficiairement (comp. Pothier, *des Successions*, chap. III, sect. II).

Nous n'avons aujourd'hui aucune exception de ce genre.

150. — 2° Notre seconde question est de savoir si

la saisine légale n'opère qu'une seule fois, au profit des héritiers les plus proches au jour de l'ouverture de la succession; ou, en d'autres termes, si après la renonciation d'un héritier saisi, son cohéritier ou l'héritier du degré subséquent est lui-même saisi de la succession (*supra*, n° 147).

Il paraît bien certain que, dans notre ancien droit, la saisine attribuée d'abord *à l'hoir le plus prochain*, était ensuite attribuée successivement aux cohéritiers ou aux parents plus éloignés, qui, par l'effet des renonciations de leurs cohéritiers ou des héritiers plus proches, se trouvaient appelés à la succession. Telle est la doctrine qui résulte des écrits de Pothier (*des Successions*, chap. III, sect. II et sect. IV, § 4; et *Introd. au tit.* XVII *de la Cout. d'Orléans*, n° 39).

Mais c'est là aujourd'hui, sous l'empire de notre Code, un point, au contraire, controversé.

Pour soutenir que la saisine n'opère qu'une seule fois, on a invoqué surtout deux arguments : l'un, déduit de l'article 790; l'autre, de l'article 811 :

D'une part, dit-on, aux termes de l'article 790, les héritiers qui ont renoncé, ont la faculté d'accepter encore la succession, tant que les autres héritiers ne l'ont pas acceptée; donc, ces autres héritiers n'ont pas été eux-mêmes saisis par l'effet de la renonciation; la succession, au contraire, ne leur est acquise que par l'acceptation qu'ils doivent en faire; autrement, et s'ils en étaient saisis, on n'aurait pas pu permettre au renonçant de la prendre à leur préjudice.

D'autre part, si la saisine descendait successivement, de degré en degré, par l'effet des renonciations, il n'y aurait lieu, d'après l'article 811, de faire nommer un curateur à succession vacante qu'après que tous les parents jusqu'au douzième degré, auraient été mis en demeure d'accepter ou de renoncer; et comme chacun d'eux, lorsqu'il serait poursuivi par les créanciers héréditaires ou

autres, pourrait demander un nouveau délai de trois mois et quarante jours pour faire inventaire et pour délibérer, il en résulterait, pour les créanciers et tous les autres intéressés, des retards et des frais très-onéreux et une situation vraiment intolérable.

Ce qu'il faut conclure seulement, suivant nous, des objections qui précèdent, c'est que la saisine, lorsqu'elle descend ainsi, par l'effet des renonciations, des degrés plus proches aux degrés plus éloignés, a moins de force et d'énergie; mais nous ne saurions accorder qu'elle n'existe pas :

1° D'après l'article 724, les héritiers légitimes sont saisis de plein droit..., etc. ;

Or, d'après l'article 785, l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier (ajout. art. 786);

Donc, le parent plus éloigné, en cas de renonciation du parent plus proche, et *a fortiori* le cohéritier, en cas de renonciation de son cohéritier, étant réputés avoir toujours été seuls héritiers dès le jour de l'ouverture de la succession, sont nécessairement aussi les seuls qui soient réputés avoir été saisis en vertu de l'article 724, qui, ne s'appliquant plus, ou plutôt qui, étant censé ne s'être jamais appliqué aux renonçants, ne peut, en conséquence, s'appliquer qu'à eux.

2° En quoi consiste effectivement la saisine? en ce que l'héritier saisi peut prendre, de sa propre autorité, possession de la succession, en ce qu'il peut poursuivre les tiers, en ce qu'il peut être poursuivi par eux, indépendamment de toute acceptation de sa part (*supra*, n° 133);

Or, après la renonciation de l'héritier plus proche, l'héritier plus éloigné est absolument dans cette situation;

Donc, il est saisi; car cette situation, elle n'est autre chose que la saisine.

Il peut, disons-nous, non-seulement poursuivre les créanciers héréditaires, mais encore être poursuivi par

eux ; et, s'il fait défaut, il sera condamné comme héritier pur et simple, indépendamment de tout acte d'acceptation de sa part ; donc, évidemment, il est saisi (*supra*, n° 135).

3° Cette démonstration nous paraît telle, que les arguments déduits des articles 790 et 811 ne sauraient plus désormais la détruire. Nous nous expliquerons d'ailleurs plus tard sur ces deux articles. Que la saisine, dans le cas qui nous occupe, soit moins énergique et qu'elle soit alors soumise à une cause de résolution toute spéciale, puisque le renonçant peut reprendre la succession, si l'héritier plus éloigné, quoique saisi par la renonciation, ne l'a pas acceptée, nous en convenons. Mais le cohéritier, qui a renoncé, a le même droit contre son cohéritier, qui n'aurait pas encore accepté ; or, malgré ce droit, il est incontestable que le cohéritier, avant d'avoir accepté, était, par la renonciation de son cohéritier, saisi de la totalité de la succession ; donc, l'argument déduit de l'article 790, qui n'empêche pas la saisine du cohéritier par la renonciation de son cohéritier, ne peut pas non plus empêcher la saisine du plus éloigné par la renonciation du plus proche.

Et quant à l'article 811 et aux inconvénients qu'il amènerait, dit-on, avec le principe de la saisine successive, en admettant même (ce que nous croyons aussi pour notre part) que les créanciers puissent faire nommer un curateur après la renonciation de l'héritier plus proche, sans être obligés de s'adresser à l'héritier plus éloigné, qui se trouve saisi à sa place, en admettant cette thèse, il n'en résulterait pas non plus, comme nous le verrons, que l'héritier plus éloigné ne fût pas saisi, mais seulement qu'il serait réputé n'être pas connu, dans l'intérêt des créanciers, qui, après la renonciation des plus proches, ne seraient pas obligés de descendre toute l'échelle des degrés de parenté pour savoir s'il n'y a pas encore des successibles (Merlin, *Rép.*, v° *Curateur*, § 3, n° 1 ; Ducaur-

roy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 598; Demante, t. III, n° 106 *bis*, I, et 135 *bis*, III, et IV).

151. — Et la saisine, qui s'accomplit de cette manière au profit du cohéritier, par la renonciation de son cohéritier, et au profit du parent plus éloigné par la renonciation du parent plus proche, cette saisine n'exige pas que le cohéritier ou le parent plus éloigné ait survécu à la renonciation. Il suffit qu'il ait survécu au *de cujus;* et lors même qu'il viendrait à mourir avant que son cohéritier ou l'héritier plus proche eût renoncé, il serait réputé, par l'effet rétroactif de cette renonciation, avoir été saisi de la succession dès le moment de son ouverture (comp. Pothier, *des Success.*, chap. III, sect. II).

152. — Nous avons dit, dans notre première solution (*supra,* n° 148), que la saisine n'appartient qu'à l'héritier le plus proche, et qu'elle n'appartient à chacun des cohéritiers les plus proches que dans la mesure de sa vocation héréditaire.

Mais, dans ce système, il nous reste encore à résoudre une question, qui, au contraire, se trouvait toute résolue par le système de la saisine collective, que nous avons repoussé.

A savoir : si le cohéritier, en cas d'inaction de son cohéritier, ou si le parent plus éloigné, en cas d'inaction du parent plus proche, et en cas d'inaction du parent plus éloigné lui-même, si le parent encore plus éloigné que celui-ci, peut se mettre en possession de l'hérédité?

Et s'il le fait, quels sont les droits et les obligations qui en résultent, soit entre lui et ses cohéritiers ou les héritiers plus proches, soit à l'égard des tiers?

1° Et d'abord, peut-il se mettre en possession de l'hérédité?

Régulièrement, nous ne croyons pas qu'il soit possible de poser en principe (comme pourtant on l'a fait) qu'il en a le droit; car cette hérédité ne lui appartient pas. Il ne faut pas, en effet, confondre le cas d'inaction du cohéritier ou du parent le plus proche, avec le cas où son

existence ne serait pas reconnue; car, dans ce dernier cas, il n'est pas héritier; il n'est pas saisi (art. 136, 137; *voy.* notre t. II, n° 250).

Toutefois, on ne saurait méconnaître qu'il n'y ait là une situation fâcheuse et regrettable; le parent plus éloigné, en effet, n'a aucun moyen de contraindre le parent plus proche à se prononcer, à accepter ou à renoncer; pas plus que le cohéritier ne peut contraindre son cohéritier à prendre parti; c'est là une proposition généralement reconnue, malgré le dissentiment de Blondeau, le seul auteur, à ce que nous croyons, qui ait enseigné une doctrine contraire (*de la Séparat. des patrimoines*, p. 654 et suiv.); or, il est certain pourtant que le cohéritier, ou le parent plus éloigné, ont des droits éventuels à la succession, et qu'ils y seront appelés pour le tout, si le cohéritier ou le parent le plus proche y renonce. Cette situation serait encore bien plus critique, s'il fallait admettre, comme beaucoup l'enseignent, que la faculté d'accepter se prescrit, aux termes de l'article 789, à compter du jour de l'ouverture de la succession, même pour ceux des parents plus éloignés qui n'ont été saisis que postérieurement à cette époque, par l'effet de la renonciation des parents les plus proches.

En cet état donc, nous comprenons que l'on dise que le cohéritier, en cas d'inaction de son cohéritier, ou le parent plus éloigné, en cas d'inaction du parent le plus proche, pourrait prendre possession de l'hérédité; ce serait là un moyen, tel quel, de réparer la lacune que notre Code nous paraît offrir sur ce point, et un moyen, sans doute, qui produirait le plus souvent le résultat désiré, de forcer le cohéritier ou le parent le plus proche à se prononcer, et ses représentants ou ses parents à agir en son nom, ou à former contre lui une demande en interdiction ou en dation de conseil judiciaire, ou enfin, s'il était non présent, à invoquer l'application de l'article 112 (comp. Cass., 11 frimaire an IX, Sirey, II,

371 ; Toullier, t. II, n° 345 ; Favard, *Rép.*, v° *Renonciation*, § 1, n° 16; Poujol, sur l'article 800, n° 3 ; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 242 ; Massé et Vergé, t. II, p. 297, 298).

153. — 2° Maintenant, si le cohéritier a pris possession de la part de son cohéritier, si le parent plus éloigné a pris possession de l'hérédité, par suite de l'inaction de son cohéritier ou du parent le plus proche, quels en seront les effets ?

Entre eux d'abord, il y aura lieu, bien entendu, à la pétition d'hérédité de la part du cohéritier contre son cohéritier, ou de la part du parent plus proche, l'héritier véritable ou plutôt le seul héritier, contre le parent plus éloigné ; action qui durera trente ans *à compter de l'ouverture de la succession*, dit Toullier, ou plutôt, reprend M. Duvergier, *à compter de la prise de possession des biens héréditaires* (t. II, n° 345, note A) ; et nous sommes, pour notre part, tout à fait de ce dernier avis.

Et quant aux effets de cette pétition d'hérédité, nous avons eu déjà occasion de nous en expliquer ailleurs (*voy.* notre t. II, n° 228). On pourra se montrer, suivant les circonstances, plus ou moins sévère dans les restitutions auxquelles le possesseur de l'hérédité devra être condamné envers le revendiquant; on verra, par exemple, à quelle époque il s'est emparé de la succession, s'il y a mis trop de précipitation ou s'il a suffisamment attendu; car, en général, le moins qu'il doive attendre, c'est évidemment l'expiration du délai pour faire inventaire et pour délibérer (arg. de l'article 811 ; comp. Colmar, 28 févr. 1815, Hertelmeyer, Sirey, 1815, II, 274; Cass., 12 déc. 1826, Morice, Sirey, 1827, I, 277).

En ce qui concerne enfin les rapports, envers les tiers, du cohéritier ou du parent plus éloigné, qui a pris possession de toute l'hérédité, par suite de l'inaction de son cohéritier ou du parent plus proche, il est des jurisconsultes qui enseignent :

D'une part, que chaque cohéritier est autorisé à revendiquer contre les tiers la totalité de l'hérédité;

Et, d'autre part, que les parents plus éloignés peuvent également assigner les tiers en délaissement des biens de la succession;

Sans que les tiers puissent opposer, dans le premier cas, au cohéritier l'exception *plurium cohæredum*, et dans le second cas, au parent plus éloigné, l'existence de parents plus proches. Les tiers, dit-on, tenteraient en vain de se défendre, en contestant aux revendiquants la qualité d'héritiers, puisque d'une part, ils ne peuvent pas se prévaloir de cette qualité, et que, d'autre part, il ne leur est pas permis d'exciper des droits d'autrui, c'est-à-dire des droits des parents plus proches (comp. Dumoulin, cout. de Paris, tit. I, § 3, n° 90; Chauffour, *Revue de législ.*, 1847, t. II, p. 333; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. II, p. 678; Merlin, *Rép.*, v° *Hérédité*, § 6; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 240, 242; Massé et Vergé, *eod. loc.*, p. 297; Colmar, 28 fév. 1815, Hertelmeyer, Sirey, 1815, II, 274).

Cette doctrine ne nous paraît pas juridique :

Et d'abord, que le tiers assigné par l'un des cohéritiers seulement, ou par le parent plus éloigné, puisse mettre en cause les autres cohéritiers ou les parents les plus proches, cela est incontestable.

Mais nous ne croyons même pas que ce soit là une obligation de sa part; et notre avis est qu'il peut opposer aux revendiquants une exception déduite de leur défaut de qualité, du moins en l'état; exception dilatoire, qui devra les tenir en échec jusqu'à ce qu'ils aient justifié que leurs cohéritiers ou des parents plus éloignés ont renoncé, ou qu'ils ont eux-mêmes acquis, par prescription ou autrement, l'hérédité ou l'objet particulier qu'ils revendiquent :

1° C'est au revendiquant, qui est demandeur, à prouver qu'il est propriétaire; telle est la condition du succès de

son action (art. 1315; L. 2, ff. *de probat.*); or, le cohéritier, tant qu'il ne justifie pas de la renonciation de son cohéritier, ne fait pas cette preuve (L. 1 et 2, ff. *si pars hæredit. petatur*), pas plus que le parent plus éloigné, tant qu'il ne justifie pas de la renonciation du parent le plus proche, renonciation qui ne se présume pas (art. 784); donc, leur demande, en cet état, n'est pas justifiée.

Nous comprenons que l'on soutienne que le parent du *de cujus* qui actionne un tiers détenteur, ne soit pas tenu de prouver, contre celui-ci, qu'il n'y a pas d'autres parents au même degré que lui, ou des parents plus proches. C'est à lui sans doute aussi pourtant de prouver sa qualité d'héritier; mais, dès qu'il établit sa parenté au degré successible, nous comprenons que l'on mette à la charge du tiers défendeur la preuve qu'il existe des cohéritiers ou des parents plus proches (arg. de l'article 136; comp Merlin, *Rép.*, vº *Hérédité*, § 6; Aix, 26 juillet 1808, Rittier, Sirey, 1812, II, 359; Colmar, 20 fév. 1815, Hertelmeyer, Sirey, 1815, II, 274). Mais, dès que cette preuve est faite, et *a fortiori*, lorsque le demandeur en convient lui-même, il nous paraît démontré que, dans cet état, son action n'est pas fondée.

2º On ajoute que le tiers défendeur, qui n'est pas lui-même héritier, n'est pas recevable à exciper des droits d'autrui! Mais la règle générale, au contraire, est que le triomphe de l'action est subordonné non pas à l'absence du droit chez le défendeur ou possesseur, mais à l'existence de ce droit chez le demandeur ou revendiquant : *qui hæreditatem vel partem hæreditatis petit*, disait Ulpien, *is non ex eo metitur quod possessor occupavit, sed ex suo jure....* (L. I, § 1, ff. *si pars hæred. pet.*) Le tiers, d'ailleurs, peut avoir, sous plusieurs rapports, beaucoup d'intérêt à faire déclarer l'action non recevable, du moins quant à présent. Est-ce que, en effet, par exemple, s'il s'agissait du payement d'une créance héréditaire, il n'importerait pas à sa responsabilité comme débiteur, aux

termes de l'article 1239, de ne faire le payement qu'au créancier véritable? et c'est ainsi que, tous les jours, la caisse des consignations exige les justifications les plus précises pour établir que les réclamants sont héritiers et seuls héritiers du *de cujus*, dont la caisse détient les deniers. Est-ce que le tiers possesseur aussi ne pourrait pas avoir à offrir, dans son propre intérêt, un arrangement, une transaction, à l'héritier véritable ou aux autres cohéritiers?

3° Notez que ce cohéritier, qui prétend exercer seul les droits actifs de la succession, ou ce parent plus éloigné, qui veut aussi les exercer, notez, disons-nous, qu'ils ne pourraient pas être poursuivis à raison des droits passifs; et que cette inégalité même de situation entre eux et les tiers, que la doctrine contraire est forcée d'admettre, prouve manifestement qu'en effet le droit héréditaire, le *nomen hæreditarium*, ne repose par sur leurs têtes.

4° Mais enfin, dit-on, ils ont des droits éventuels à cette succession; et si les cohéritiers ou les parents plus proches renoncent, ils seront réputés avoir toujours été héritiers. Ceci est autre chose; et nous reconnaissons, en effet, nous-mêmes, qu'ils ont un droit conditionnel, en vertu duquel il nous paraît aussi logique et équitable qu'ils puissent faire des actes conservatoires, interrompre des prescriptions, etc. (art. 1180); mais ce serait, suivant nous, dépasser toute mesure, et transformer en un droit actuel et pur et simple, leur vocation purement éventuelle et conditionnelle, que de remettre dans leurs mains, contre les tiers, l'exercice de toutes les actions héréditaires.

154. — Quant aux aliénations des biens héréditaires ou aux autres actes qui auraient été consentis par l'héritier, en cas d'inaction de ses cohéritiers, et par le parent plus éloigné en cas d'inaction du parent plus proche, nous avons exposé ailleurs cette thèse avec assez d'étendue pour n'avoir plus à y revenir (*voy.* notre t. II, n°s 232 et suiv.).

§ II.

De l'envoi en possession des successeurs irréguliers.

SOMMAIRE.

155. — Les successeurs irréguliers doivent se faire envoyer en possession de l'hérédité. — L'ancien droit français ne faisait aucune différence semblable entre les héritiers légitimes et les successeurs irréguliers.

155 *bis*. — Division.

156. — A. Quelle est la position des successeurs irréguliers, avant qu'ils aient obtenu l'envoi en possession ou la délivrance des biens héréditaires?

157. — B. Quelle est leur position, après qu'ils ont obtenu l'envoi en possession ou la délivrance? La règle, à cet égard, est que l'envoi en possession ou la délivrance est une saisine judiciaire, qui produit, dans la personne des successeurs irréguliers, tous les effets que la saisine légale produit dans la personne des héritiers légitimes. — Conséquences :

158. — 1° Le successeur irrégulier, une fois envoyé en possession, devient, immédiatement et sans aucune appréhension de fait, possesseur de tout ce que le défunt possédait; et sa possession est réputée avoir succédé à la possession du défunt *a die mortis*.

159. — 2° Les successeurs irréguliers peuvent, dès l'envoi en possession prononcé à leur profit, poursuivre les débiteurs de la succession et les détenteurs des biens héréditaires.

160. — 3° Ils peuvent eux-mêmes être personnellement poursuivis par les créanciers héréditaires et contraints de payer *ultra vires*, à moins qu'ils ne déclarent accepter sous bénéfice d'inventaire.

160 *bis*. — 4° Les successeurs irréguliers, une fois envoyés en possession, ont droit aux fruits des biens de la succession à compter du jour de son ouverture.

161. — 5° Les successeurs irréguliers, à quelque époque que l'envoi en possession leur ait été accordé, peuvent opposer la prescription à tout successeur, même légitime, qui revendiquerait contre eux l'hérédité; ils peuvent lui opposer la prescription dans les mêmes conditions où un parent légitime plus éloigné, qui aurait accepté la succession au détriment du parent le plus proche, pourrait l'opposer à celui-ci.

162. — Mais il en est autrement, lorsque l'héritier légitime a renoncé. Il ne peut plus revenir contre sa renonciation, après que les successeurs irréguliers ont obtenu l'envoi en possession.

163. — Les successeurs irréguliers ont les mêmes droits qu'aurait un héritier légitime, à l'encontre des tiers acquéreurs auxquels des biens de la succession auraient été transmis par un héritier apparent, dans l'intervalle de l'ouverture de la succession à leur envoi en possession.

155. — Nous avons vu (*supra*, n° 123) que les successeurs irréguliers ne sont pas saisis de plein droit, et

qu'ils doivent se faire envoyer en possession par justice (art. 724).

Cette différence entre les héritiers légitimes et les successeurs irréguliers est une innovation de notre Code.

L'ancienne jurisprudence française ne l'avait pas faite ; et la saisine appartenait autrefois à tous les successeurs ab intestat, sans distinction entre les héritiers légitimes et ceux que l'on appelait alors aussi les successeurs irréguliers. C'est ainsi qu'elle appartenait au roi ou au seigneur, à qui les biens étaient attribués par droit de déshérence, de bâtardise, d'aubaine ou de confiscation (comp. Pothier, *Introd. au titre* XVII *de la Cout. d'Orléans*, n° 35, et *des Succes.* chap. VI; Lebrun, *des Succes.*, liv. III, chap. I, nos 13 et 14; Merlin *Rép.*, v° *Héritier*, sect. I, § 2, nos 2 et 3).

Les auteurs du Code Napoléon ont voulu, ainsi que nous l'avons déjà dit (*supra*, n° 139), que les successeurs irréguliers ne pussent prendre possession effective de l'hérédité qu'après avoir fait reconnaître leur titre; c'est là une mesure de précaution et de prudence à laquelle on ne peut qu'applaudir, mais qui n'a pas et qui ne saurait avoir, sur le fond même du droit, toute l'importance que l'on a voulu depuis longtemps y attacher.

155 *bis*. — Ce n'est pas encore le moment d'exposer les formes et les conditions de cet envoi.

Mais nous avons ici, en ce qui concerne les successeurs irréguliers, deux points fort importants à résoudre :

A. — Quelle est leur position, avant qu'ils aient obtenu l'envoi en possession ou la délivrance des biens héréditaires?

B. — Quelle est leur position après qu'ils ont obtenu cet envoi ou cette délivrance?

156. — A. Nous demandons d'abord quelle est la position des successeurs irréguliers, avant qu'ils aient obtenu l'envoi en possession (ou, suivant les cas, la délivrance).

La réponse à cette première question nous paraît très-simple; et elle se résume dans les propositions suivantes :

1° Ils ne peuvent prendre possession d'aucun des biens héréditaires.

2° S'ils en avaient pris possession de leur propre autorité, ils ne feraient pas obstacle au retour à la succession d'un héritier, qui aurait d'abord renoncé (art. 790; Bordeaux, 15 janvier 1848, Sauvaget, Dev., 1848, II, 263).

3° Ils ne peuvent exercer aucune des actions qui dépendent de l'hérédité, ni en poursuivre les débiteurs ou détenteurs.

4° Ils ne peuvent pas non plus être poursuivis par les créanciers héréditaires ou autres intéressés (arg. de l'article 811).

5° Enfin, nous croyons que, s'ils restent dans l'inaction pendant trente ans, à compter du jour de l'ouverture de la succession, leur action à fin d'envoi en possession ou en délivrance, est prescrite. En effet, aux termes de l'article 2262, toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans; or, le successeur irrégulier, tant qu'il n'a pas exercé son action à fin d'envoi ou de délivrance, est toujours en dehors de la succession, et il ne peut y entrer qu'au moyen de cette action; donc, au bout de trente ans, cette action étant prescrite, l'entrée de la succession lui est désormais irrévocablement fermée. On peut dire, sous ce rapport, avec Demante (t. III, n° 23 *bis*, 8), que la transmission qui s'opère à leur égard, dès le jour de l'ouverture de la succession, n'est que conditionnelle, en ce sens que son effet dépend, pour sa réalisation, de la demande à faire ultérieurement. Nous en exceptons toutefois l'État, qui n'est pas un successeur irrégulier comme un autre, qui prend les biens du *de cujus* beaucoup moins à titre successif comme biens héréditaires, qu'à titre d'occupation comme biens vacants et sans maître (*infra,* n° 160).

Voilà les droits que les successeurs irréguliers n'ont pas avant l'envoi en possession

Voici maintenant les droits qu'ils ont :

D'une part, ils acquièrent, tout aussi bien que les héritiers légitimes, la propriété de la succession *a die mortis;* si bien que nous avons pu dire qu'ils ont la *saisine de la propriété* (*supra*, n° 132).

D'autre part, et comme conséquence, ils transmettent le droit qui leur est acquis, c'est-à-dire la propriété et l'action à fin d'obtenir l'envoi en possession; ils les transmettent, disons-nous, à leurs propres successeurs, lors même qu'ils seraient décédés sans l'avoir exercé, ou même sans avoir su qu'il leur était déféré (*supra*, n° 106).

157. — B. Maintenant, quelle est la position des successeurs irréguliers, après qu'ils ont obtenu l'envoi en possession ou la délivrance?

Cette seconde partie de notre sujet est bien plus délicate.

Voici, pour notre part, la règle que nous croyons devoir poser:

L'envoi en possession ou la délivrance est, pour les successeurs irréguliers, ce que la saisine légale est pour les héritiers légitimes; il constitue, pour eux aussi, une véritable saisine, qui est judiciaire seulement au lieu d'être légale, mais qui produit, dans la personne des successeurs irréguliers, une fois qu'elle leur a été attribuée par le juge, tous les effets que produit, dans la personne des héritiers légitimes, la saisine qui leur est attribuée par la loi, et qui les produit, par conséquent, *a die mortis,* dès le jour de l'ouverture de la succession; de telle sorte que les successeurs irréguliers, de même que les héritiers légitimes, sont réputés, après l'envoi en possession, avoir succédé immédiatement au défunt, sans aucune lacune et sans aucun intermédiaire, *jam tunc à morte* (comp. L. 54, ff. *de adquir. vel omitt. hæred.;* L. 193, ff. *de regul. jur.*).

Leur saisine, en un mot, est conditionnelle, à savoir: sous la condition d'obtenir l'envoi en possession; mais la condition une fois accomplie, produit, dans ce cas,

comme dans les autres, l'effet rétroactif, qui lui est propre (art. 1179; ajout. art. 777; comp. Cass., 13 juin 1855, le préfet de la Seine, Dev., 1855, I, 689; Paris, 11 déc. 1858, Boullenois, Dev., 1859, II, 314).

De cette prémisse, nous déduisons les conséquences suivantes :

1° Non-seulement, les successeurs irréguliers peuvent, dès ce moment, se mettre en possession de l'hérédité; mais aucune appréhension de fait n'est même nécessaire, de leur part, pour qu'ils soient immédiatement considérés comme possesseurs de tout ce que le défunt possédait, et pour qu'ils aient, en conséquence, le droit d'exercer toutes les actions possessoires, que le défunt avait le droit d'exercer (sous la condition, bien entendu, qu'un tiers n'ait pas acquis la possession depuis l'ouverture de la succession).

2° Ils peuvent exercer tous les droits actifs de l'hérédité, poursuivre les débiteurs, les détenteurs.

3° Ils peuvent être poursuivis par les créanciers; et ils sont même tenus des dettes héréditaires *ultra vires*, s'ils n'acceptent pas sous bénéfice d'inventaire.

4° Ils ont droit aux fruits des biens de la succession, à compter du jour de son ouverture.

5° A quelque époque que l'envoi en possession ou la délivrance leur ait été accordé, ils sont fondés à opposer la prescription à tout successeur, même légitime, qui revendiquerait l'hérédité contre eux; ils sont, disons-nous, fondés à lui opposer la prescription dans les mêmes conditions où un parent légitime plus éloigné, qui aurait accepté la succession au détriment d'un parent plus proche, pourrait l'opposer à celui-ci.

6° Ils ont les mêmes droits qu'aurait un héritier légitime, à l'encontre des tiers acquéreurs auxquels les biens de l'hérédité auraient été transmis par l'héritier apparent, dans l'intervalle de l'ouverture de la succession à leur envoi en possession.

Nous ne nous dissimulons pas que ces solutions, et surtout quelques-unes d'entre elles, sont fort graves et très-susceptibles de controverse; et voilà pourquoi il nous paraît utile de revenir séparément sur chacune d'elles.

158. — 1° D'abord, disons-nous, le successeur irrégulier, une fois envoyé en possession, devient immédiatement, sans aucune appréhension de fait, possesseur de tout ce que le défunt possédait; et sa possession est réputée avoir succédé à la possession du défunt, *a die mortis*.

D'où cette double conséquence :

1° Qu'il peut, dès ce moment, intenter toutes actions possessoires;

2° Que la prescription acquisitive, qui avait été commencée par le *de cujus*, n'a pas été interrompue.

Une autre thèse, toutefois, a été soutenue ; et plusieurs posant comme point de départ que la saisine, dont il est question dans l'article 724, ne concerne que la possession, dont elle n'est qu'une anticipation légale, en concluent que la différence qui en résulte entre l'héritier légitime qui est saisi, et le successeur irrégulier qui ne l'est pas, consiste précisément en ce que le premier succède immédiatement, sans appréhension de fait et même à son insu, à la possession du défunt, tandis que l'autre, au contraire, n'y succède qu'à compter de l'envoi en possession, qu'il est tenu de demander.

D'où il suivrait :

1° Que le successeur irrégulier ne pourrait exercer les actions possessoires qu'autant qu'il aurait lui-même appréhendé les biens et après les avoir possédés dans les conditions nécessaires à cet effet;

2° Que la prescription acquisitive commencée par le défunt, serait suspendue pendant tout le temps qui s'écoulerait entre l'ouverture de la succession et l'envoi en possession ou la délivrance (comp. Marcadé, t. III, art. 724, n° 3; Bugnet sur Pothier, t. VIII, p. 114; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 82, note 2).

Mais cette doctrine ne nous paraît pas admissible :

D'abord, l'article 724 n'a pas, comme on le prétend, uniquement trait à la possession; il s'applique au contraire, dans les termes les plus généraux, *aux biens, droits et actions du défunt* (*supra*, n° 138); et nous avons constaté aussi (*supra*, n° 132), que la saisine *de droit*, qu'il accorde aux héritiers légitimes, appartient également aux successeurs irréguliers, en ce sens que ceux-ci acquièrent aussi *de plein droit* tous les droits actifs qui appartenaient au défunt; si bien que l'on peut dire que, de même qu'ils deviennent propriétaires et créanciers de tout ce dont il était propriétaire et créancier, ils deviennent pareillement possesseurs *de droit* de tout ce dont il était possesseur. Ce qui leur manque, c'est le fait, c'est l'exercice, c'est la faculté de prendre en main le gouvernement de la succession, cette faculté que donne la saisine légale aux héritiers légitimes, et qui ne peut résulter, pour les successeurs irréguliers, que de la saisine judiciaire.

Est-ce que d'ailleurs la succession elle-même, cette personne fictive qui est censée continuer la personne du défunt, tant qu'un successeur n'est pas encore venu, est-ce que la succession n'a pas continué de posséder pour quiconque viendra ensuite la recueillir? (Comp. Pothier, *de la Possession*, n°s 57 et 58.)

Et ne serait-il pas contraire à tous les principes et au but essentiel et d'intérêt public que se propose le législateur, dans la dévolution des biens ab intestat, d'admettre ici une lacune et une interruption, que précisément le système tout entier des successions ab intestat est fait pour empêcher? (Comp. Demante, t. III, n° 24 *bis*, I; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 17.)

159. — 2° Les successeurs irréguliers peuvent, dès l'envoi en possession prononcé à leur profit, poursuivre les débiteurs de la succession et les détenteurs des biens héréditaires.

Cela est sans difficulté.

160. — 3° Nous ajoutons qu'ils peuvent être personnellement poursuivis par les créanciers héréditaires, et même *ultra vires,* à moins qu'ils ne déclarent accepter sous bénéfice d'inventaire.

Cette proposition est assurément la plus grave de toutes celles que nous entreprenons de soutenir ici.

La doctrine contraire a été, en effet, jusqu'à ce jour, universellement reconnue; on a toujours regardé comme certain que le successeur irrégulier n'était tenu des dettes qu'à cause des biens, et par conséquent jusqu'à concurrence seulement des biens; et que dès lors il ne pouvait pas être contraint *ultra vires*, dès qu'il avait eu le soin de ne pas confondre les biens de la succession avec ses biens personnels.

Voici, dans l'intérêt de cette doctrine, les arguments fort sérieux, nous en convenons, que l'on peut employer:

1° L'ancien droit français fournit d'abord à cette thèse un argument puissant; on sait, en effet, qu'autrefois les successeurs irréguliers étaient nommés ainsi, précisément, disait Pothier, « parce qu'ils ne succèdent pas à la personne, mais seulement aux biens; d'où il suit qu'ils sont tenus des dettes comme charges des biens, et jusqu'à concurrence de la valeur des biens » (*des Success.*, chap. VI); et l'argument paraît d'autant plus fort, que dans notre ancien droit, les successeurs irréguliers avaient la saisine légale comme les héritiers légitimes, tandis que le Code Napoléon la leur refuse (*supra*, n° 155).

2° L'obligation de payer les dettes héréditaires *ultra vires*, est certes une obligation infiniment grave; et elle ne pourrait être imposée aux successeurs irréguliers, qu'autant qu'elle résulterait pour eux, soit des textes mêmes de la loi, soit de la nécessité des principes.

Or, dit-on, on ne peut, au contraire, la faire dériver ni de l'une ni de l'autre de ces causes.

D'une part, non-seulement aucun texte du Code ne la

leur impose; mais tous les articles supposent virtuellement qu'ils n'en sont pas tenus; c'est ainsi que l'article 724 applique seulement cette obligation aux héritiers légitimes, et comme une conséquence de la saisine légale, que les successeurs irréguliers n'ont pas; et la comparaison des articles 767 à 773 avec les articles 774 et suivants, prouve que toutes les règles concernant l'acceptation pure et simple et l'acceptation bénéficiaire, sont exclusivement relatives aux héritiers légitimes, et ne concernent point les successeurs irréguliers, pour lesquels il n'y a qu'une seule manière de recevoir les biens que la loi leur attribue, c'est-à-dire l'envoi en possession.

D'autre part, d'après les principes généraux du droit, les héritiers légitimes ne sont tenus des dettes *ultra vires*, que parce qu'ils succèdent non pas seulement aux biens, mais encore à la personne elle-même du défunt, dont ils sont les représentants et les continuateurs; or, au contraire, les successeurs irréguliers ne succèdent qu'aux biens; ils ne continuent pas la personne; notre Code semble même vouloir éviter de dire qu'ils *succèdent* même seulement aux biens! *Les biens leur passent*, dit-il, (art. 723; *supra*, n° 122); donc, ils ne sauraient être tenus des dettes *ultra vires*, puisque la cause efficiente de cette obligation manque absolument dans leur personne.

3° Qui soutiendrait, par exemple, que l'État est tenu des dettes *ultra vires?* cela serait impossible; or, le Code met tous les successeurs irréguliers sur la même ligne (comp. art. 723, 767, 768); donc, si on est obligé de convenir que l'État n'est pas tenu *ultra vires*, il faut également reconnaître que les enfants naturels et le conjoint n'en sont pas tenus davantage (comp. Duranton, t. VI, n° 63 *bis*; Demante, t. III, n° 24 *bis*, IV; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. III, n° 546; Marcadé, art. 724, n° 4).

Nous croyons pouvoir répondre :

1° L'argumentation qui précède, nous paraît méconnaître la règle fondamentale, sur laquelle les auteurs du

Code Napoléon ont basé leur système tout entier de la dévolution de l'universalité des biens d'une personne décédée. Cette règle, c'est que tous ceux qui, à quelque titre que ce soit, viennent recueillir cette universalité en tout ou en partie, sont considérés comme étant *loco hæredum*. Telle est la vérité du fait ; et le législateur nouveau s'y est attaché pour que le droit fût d'accord désormais avec la vérité.

Le Code, il est vrai, appelle les uns *héritiers ;* les autres *successeurs irréguliers ;* ceux-ci, *donataires ou légataires universels ou à titre universel* ; les noms sont différents ; mais au fond, les situations sont les mêmes, en ce point capital, ainsi que l'a très-bien exprimé la Cour de Cassation : .... « Que le droit à une quotité de succession implique l'obligation de supporter une quotité proportionnelle des dettes ; que ce droit et cette obligation sont des conséquences corrélatives de tout titre successif universel ;... et que l'obligation personnelle, dont le successeur à titre universel est ainsi tenu, existe avec toutes ses conséquences légales, du moment où il est saisi des biens de la succession, soit que la saisine procède immédiatement de la loi, soit qu'elle procède de la délivrance.... » (13 août 1851, Toussaint, Dev., 1851, I, 657.)

C'est ainsi que, d'après cet important arrêt, très-conforme, suivant nous, aux textes de la loi et aux principes (art. 1002, 1009, 1012, 1013), le légataire à titre universel, quoiqu'il n'ait pas la saisine légale, est tenu des dettes, comme un héritier, *ultra vires emolumenti*, s'il n'a pas accepté sous bénéfice d'inventaire ;

Or, les successeurs irréguliers qui sont appelés par la loi, les enfants naturels, le conjoint survivant, et les autres (art. 766) sont assurément, pour le moins autant que les légataires appelés par la volonté de l'homme, investis d'un titre successif universel, et placés, comme tels, *loco hæredum ;*

Donc, ce titre successif universel doit impliquer pour eux aussi, l'obligation de supporter personnellement une quotité proportionnelle des dettes, même *ultra vires*, s'ils n'acceptent pas sous bénéfice d'inventaire.

Que l'on n'objecte pas qu'ils n'ont pas la saisine légale; car le légataire à titre universel ne l'a pas davantage. C'est qu'en effet, s'ils n'ont pas de plein droit la saisine légale, ils obtiennent, sur leur demande, la saisine judiciaire; et, comme l'a dit encore la Cour de cassation, « lorsque l'envoi en possession a été prononcé, son effet remonte, comme l'effet de l'acceptation, au jour de l'ouverture de la succession... (13 juin 1855, le préfet de la Seine, Dev., 1855, I, 689); si bien qu'il n'y a plus à faire ensuite *aucune distinction entre les héritiers du sang et les successeurs irréguliers*. Ce sont, en un mot, si l'on veut, des espèces de *bonorum possessores*, desquels nous devons dire, avec le jurisconsulte Paul : *in omnibus enim, vice hæredum bonorum possessores habentur* (L. 2, ff. *de bon. possess.*, ajout. L. 2, ff. *de possess. hæredit. petit.*; *voy.* aussi notre t. V, n°s 127, 128 et 129).

Ce premier argument nous paraît décisif; car il serait impossible de comprendre comment le successeur irrégulier, l'enfant naturel, par exemple, surtout lorsqu'il est appelé à la totalité des biens (art. 758), dans cette hypothèse où l'orateur du gouvernement (M. Treillard) déclarait formellement qu'il *succède* au défunt (*voy.* Locré, *Législ. civ.*, t. X. p. 192), comment, disons-nous, il serait moins considéré comme un successeur du défunt *in universum jus*, qu'un simple légataire à titre universel; de telle sorte que le *de cujus* n'aurait point alors de représentant!

Et remarquez pourtant que c'est là, en vérité, une succession fondée aussi sur le lien qui unissait le successeur au *de cujus*, sur le lien de parenté pour les enfants naturels, sur le lien du mariage pour le conjoint; tandis que le legs universel ne repose pas sur cette tradition puis-

sante! « La succession *unde vir et uxor*, dit Pothier, est une vrai succession, qui ne diffère en rien des autres successions;... le survivant qui succède, à ce titre, au prédécédé, est un vrai héritier.... » (*Introduct. au titre* XVII *de la Cout. d'Orléans*, n° 35.)

Et Lebrun lui-même, après avoir écrit d'abord *qu'il n'y a aucune parentelle entre les conjoints, qui les rende capables de succéder* (liv. I, chap. VII, n° 1), ajoute que l'époux survivant succède *par une subrogation que fait la loi de la personne du survivant à celle du prédécédé* (liv. III, chap. I, art. 13; comp. aussi Domat, *Lois civ.*, liv. I, section XIII, Introduct.).

Il y aurait donc là, dans le système qui attribuerait moins de force à la vocation de l'enfant naturel dans la succession du *de cujus* qu'à celle du légataire à titre universel, il y aurait, dis-je, une contradiction et une inconséquence manifeste!

2° Aussi, cette contradition n'existe-t-elle pas dans notre Code; et en comparant les articles qui déterminent de quelle manière *les héritiers et les légataires universels et à titre universel* sont respectivement tenus des dettes, soit entre eux, soit à l'égard des tiers (art. 870, 871, 873, 875, 1009, 1013, 1220), on reconnaît forcément que, sous la dénomination d'*héritiers*, les articles comprennent alors tous les successeurs appelés par la loi, tous les *legitimi*, réguliers ou irréguliers, par opposition aux successeurs universels appelés par la volonté du défunt (*supra*, n° 132).

Autrement, il faudrait dire que notre Code, qui a réglé ce qui concerne le payement des dettes héréditaires à l'égard des héritiers légitimes et des légataires universels ou à titre universel, ne renferme, au contraire, aucune disposition sur ce sujet à l'égard des successeurs irréguliers; or, encore une fois, cela est tout à fait inacceptable.

3° Au point où nous en sommes, l'argument que la

doctrine contraire a déduit de l'article 724 et des articles 774 et suivants, est déjà, par avance, écarté. Il est clair, en effet, qu'il ne résulte pas de l'article 724 que *l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession* ne dérive que de la saisine légale; ce qui en résulte, c'est qu'elle dérive, si l'on veut, de la saisine; or, le successeur irrégulier, de même que le légataire à titre universel, est saisi, lorsqu'il a obtenu l'envoi en possession ou la délivrance. Et quant aux articles 774 et suivants, qui, dit-on, ne concernent que les héritiers légitimes, nous avons démontré, au contraire, qu'ils doivent être appliqués à tous les successeurs *in universum jus*, ainsi que beaucoup d'autres articles de notre titre (*voy.*, par exemple, art. 841).

4° Reste enfin l'argument déduit de ce que l'État ne pourrait pas, lui, être contraint, comme successeur irrégulier, au payement des dettes *ultra vires*. Nous en convenons; mais c'est qu'en effet, l'État n'est pas véritablement un successeur *loco hæredis;* ce n'est pas, dans le sens technique de ce mot, une *succession* qu'il recueille; c'est un bien vacant et sans maître, c'est une sorte *d'épave*, qui lui est attribuée en vertu d'un droit d'occupation, qu'il exerce au nom et dans l'intérêt de tous les citoyens (art. 539, 713; *supra*, n° 156). *Populus parens omnium,* a dit Tacite; oh! oui sans doute! mais précisément, cette *parenté*-là, par cela même qu'elle est *omnium*, est, en réalité, *nullius!* « Si tout le monde est mon frère, disait lui-même un écrivain socialiste, je n'ai plus de frère! » (Proudhon.)

Et voilà ce qui écarte en même temps l'autorité, invoquée plus haut, de notre ancien droit français, qui n'admettait aucun successeur irrégulier, que le roi ou les seigneurs, et seulement pour les biens en déshérence (Pothier, *des Success.*, chap. VI). Ajoutez que les règles essentielles de la comptabilité publique s'opposeraient, en outre, à ce que l'État fût tenu au delà des valeurs par

lui recueillies, et autrement que sur ces valeurs mêmes (comp. Cass. 9 mars 1863, d'Espagnac, Dev. 1863, I, 113).

160 *bis*. — 4° Les successeurs irréguliers, une fois envoyés en possession, ont droit aux fruits des biens de la succession, à compter du jour de son ouverture; *fructus augent hæreditatem* (comp. L. 20, § 3, L. 28, ff. *de hæredit. petit.*, et notre t. II, n°s 217 et 222, art 757; Cass., 7 juin 1837, Rigoux et Laboun, Dev., 1837, I, 582 et 586; Paris, 13 avril 1848, Chapeau, Dev., 1848, II, 213; Nicias Gaillard, *Revue crit. de jurisprud.*, 1852, p. 359).

Si ceux qui possèdent la succession, héritiers légitimes ou successeurs irréguliers, ignorent l'existence des successeurs irréguliers qui ne se seraient pas encore présentés, ils gagneront sans doute, suivant le droit commun, les fruits par eux perçus de bonne foi (art. 138, 549).

Mais si leur existence est connue, le droit des successeurs irréguliers, quant aux fruits, nous paraît être le même que celui des héritiers légitimes; et s'ils ne forment pas une demande à fin d'envoi en possession ou de délivrance, les autres successeurs peuvent les assigner en partage et les mettre ainsi en demeure de se prononcer.

Nous devons toutefois reconnaître que cette doctrine est contestée; et la jurisprudence paraît même incliner fortement vers la solution contraire (comp. Cass., 22 mars 1841, Désiré Delille, D., 1841, I, 183; Bordeaux, 27 juill. 1854, Couperie, D., 1855, II, 187).

« Attendu, porte l'arrêt du 22 mars 1841, que.... dans le doute légal de la volonté de demander l'envoi en possession, et jusqu'à ce que cette volonté soit manifestée par un action, les héritiers légitimes jouissent de la succession dont ils sont saisis de plein droit, avec une bonne foi qui ne serait pas même altérée par la connaissance personnelle de droits non exercés et qui peuvent ne pas l'être; — Attendu que le meilleur commentaire des articles 724 et 756 se trouve dans l'article 1005, où l'on voit que, pour accorder au légataire universel la jouis-

sance avant la demande en délivrance, le législateur a pris soin de l'exprimer et y a même mis pour condition que cette demande serait formée dans l'année du décès.... »

Mais d'une part, il nous semble difficile de considérer comme étant de bonne foi, les héritiers légitimes, qui connaissent l'existence et la vocation des successeurs irréguliers, de ces successeurs qui sont, eux aussi! propriétaires dès le jour de l'ouverture de la succession (*voy.* notre t. IX, nos 594 et suiv.).

D'autre part, la règle est que les fruits d'une chose appartiennent au propriétaire (art. 547 et 548); or, encore une fois, les successeurs irréguliers sont propriétaires *a die mortis* (art. 711); et cette proposition semble ici d'autant plus applicable, qu'il s'agit d'une masse de biens que les fruits doivent naturellement augmenter dans l'intérêt commun de tous les copropriétaires, et que les droits héréditaires des enfants naturels sont réglés par la loi, sauf la quotité, sur la succession totale, de la même manière que les droits des enfants légitimes (art. 757). Enfin, en invoquant l'article 1005, on ne dit pas si cet article serait du moins applicable aux successeurs irréguliers. On paraît même supposer la négative, de telle sorte que le successeur irrégulier n'aurait jamais droit aux fruits à dater du jour de l'ouverture de la succession, lors même qu'il aurait formé la demande en délivrance dans l'année du décès; or, il serait étrange que la loi l'eût traité beaucoup moins bien sous ce rapport, qu'un légataire.

Nous croirions donc qu'il serait plus sûr et plus conforme aux principes de leur reconnaître le droit aux fruits à compter du jour de l'ouverture de la succession.

161. — 5° Nous avons dit (*supra,* n° 157), que les successeurs irréguliers, à quelque époque que l'envoi en possession leur ait été accordé, depuis l'ouverture de la succession, sont fondés à opposer la prescription à tout successeur, même légitime, qui revendiquerait contre eux

l'hérédité; qu'ils sont fondés à leur opposer la prescription, dans les mêmes conditions suivant lesquelles un parent légitime plus éloigné qui aurait accepté la succession au détriment du parent le plus proche, pourrait l'opposer à celui-ci.

Voici, à cet égard, notre pensée :

D'après une doctrine qui paraît triompher aujourd'hui, le parent plus proche, l'héritier légitime, qui aurait laissé passer trente ans sans accepter ni renoncer, ne peut plus revendiquer la succession contre le parent plus éloigné, qui en a pris possession, lors même que la possession de celui-ci n'aurait pas duré elle-même trente ans; et le motif qu'on en donne, c'est que son acceptation a eu un effet rétroactif au jour de l'ouverture de la succession (art. 777; comp. Rouen, 6 juin 1838, d'Imbleval, Dev., 1839, II, 129; Cass., 14 juin 1840; Bowermann, Dev., 1840, I, 59; Paris, 12 déc. 1851; Saulx-Tavonne, Dev., 1851, II, 769).

Cette doctrine est, suivant nous, fort contestable; et nous y reviendrons (sur l'article 789; comp. Cass., 23 janvier 1837, de Larrey, Dev., 1837, I, 393; Cass., 25 mai 1840, Cheval, Dev., 1840, I, 625).

Mais ce que nous devons dire, dès à présent, c'est qu'il n'y a, suivant nous, aucune différence à faire, sous ce rapport, entre les héritiers légitimes et les successeurs irréguliers, et que si cette doctrine est exacte pour les uns, elle doit l'être aussi pour les autres.

On a toutefois prétendu le contraire; et parmi ceux-là même, qui n'admettent pas l'héritier légitime à revendiquer, après trente ans d'inaction, l'hérédité contre le parent plus éloigné, quoique la possession de celui-ci n'ait pas elle-même une durée de trente ans, il en est qui l'admettent à exercer cette revendication contre le successeur irrégulier, qui n'aurait obtenu l'envoi en possession que depuis moins de trente ans (comp. Paris, 2 décembre 1844, Domaine de l'État, Dev., 1848, II,

262; Paris, 6 avril 1854, Domaine de l'État, Dev., 1854, II, 705; Massé, *Observations*, Dev., 1855, I, 689, note 1).

Mais c'est là une distinction qui nous paraît inadmissible; et nous croyons que la doctrine étant une fois admise pour l'héritier légitime, il faut dire avec la Cour de cassation : « .... que la loi ne fait, à cet égard, aucune distinction entre les héritiers du sang et les successeurs irréguliers...; et que lorsque l'envoi en possession a été prononcé, son effet remonte, comme l'effet de l'acceptation, au jour de l'ouverture de la succession.... » (13 juin 1855, le préfet de la Seine, Dev., 1855, I, 689; ajout. Rouen, 29 avril 1826, Pinet, *Gazette des Tribunaux* du 6 mai 1856; Charles Ballot, *Revue pratique de droit français*, t. I, p. 455.)

162. — Mais il en est tout autrement, lorsque l'héritier légitime, ayant renoncé, veut ensuite revenir à la succession.

Nous établirons bientôt que l'envoi en possession obtenu, ou peut-être même seulement demandé par un successeur irrégulier, lui fait alors certainement obstacle (*supra*, n° 156; comp. Paris, 25 juill. 1826, de Vergennes, Sirey, 1827, II, 104; Bordeaux, 15 janv. 1848, Sauvaget, Dev., 1848, II, 265; Charles Ballot, *loc. supra cit.*, n° 161).

163. — 6° Enfin, nous avons dit que les successeurs irréguliers ont les mêmes droits qu'aurait un héritier légitime, à l'encontre des tiers acquéreurs, auxquels des biens de la succession auraient été transmis par un héritier apparent, dans l'intervalle de l'ouverture de la succession à leur envoi en possession.

Et cette thèse, au point où nous en sommes, est toute simple; car, d'une part, dès avant l'envoi en possession, ils étaient propriétaires (art. 711; *supra*, n° 156); et après l'envoi en possession, ils peuvent exercer toutes les actions héréditaires, et par conséquent aussi la reven-

dication, à moins qu'on ne trouve un moyen de protéger le tiers acquéreur; mais ce moyen, quel qu'il soit, ne sera pas meilleur, pour lui, contre un successeur irrégulier qu'il ne le serait contre un héritier légitime (*voy.* notre t. II, nos 232 et suiv.).

CHAPITRE II.

DES QUALITÉS REQUISES POUR SUCCÉDER.

SOMMAIRE.

164. — Tout ce qui concerne les causes soit d'incapacité, soit d'indignité, est applicable aux successeurs irréguliers aussi bien qu'aux héritiers légitimes.
165. — Des incapacités de transmettre dans notre ancien droit.
166. — Des incapacités de transmettre sous le Code.
166 *bis*. — Suite.
166 *ter*. — Suite. — A qui appartiennent les biens de l'étranger décédé. qui ne laisse aucun successeur ni régulier, ni irrégulier ?
167. — Suite.
168. — Ce chapitre s'occupe des qualités requises pour succéder. — Exposition. — Division.

164. — L'intitulé de ce chapitre : *Des qualités requises pour succéder,* nous indique tout d'abord qu'il s'applique aux successeurs irréguliers, aussi bien qu'aux héritiers légitimes; car, eux aussi, ils succèdent (art. 711); et le caractère même des conditions que la loi exige ici est tel, qu'il ne saurait évidemment comporter aucune distinction entre les différentes classes de successeurs.

Tout ce qui concerne les causes, soit d'incapacité, soit d'indignité, est donc applicable aux uns comme aux autres (comp. Duvergier sur Toullier, n° II, n° 106, note *a*).

C'est en vain que l'on a voulu excepter de cette règle la troisième cause d'indignité énoncée par l'article 727, en objectant que, d'après le texte de cet article, elle ne s'applique qu'à l'*héritier ;* car ce mot *héritier* est employé

ici *lato sensu*, pour désigner tout successeur quelconque; et la raison ne permet pas non plus d'établir, sous ce rapport, une distinction entre les différentes causes d'indignité (comp. Massé et Vergé, t. II, p. 239).

165. — Ce chapitre ne s'occupe que des qualités requises pour *succéder;* et il garde le silence relativement aux qualités nécessaires pour *transmettre*.

Notre ancien droit, au contraire, réglait tout à la fois les conditions de la succession *passive* et *active*.

On considérait autrefois comme incapables de succession *passive*, c'est-à-dire à l'effet de transmettre :

1° Ceux qui avaient perdu la vie civile par une condamnation à la peine capitale;

2° Les étrangers ou aubains non naturalisés, et les Français qui avaient abdiqué leur patrie;

3° Quelques autres personnes encore, telles que les religieux et les serfs mortaillables (comp. Pothier, *des Success.*, chap. I, sect. I, et *Introduct. au titre* XVI *de la Cout. d'Orléans*, nos 3 et 5).

166. — Le Code Napoléon avait aussi déclaré, dans son article 25, que le mort civilement ne pourrait pas *transmettre*, à titre de succession, les biens qu'il aurait acquis depuis sa mort civile encourue (ajout. art. 33).

C'était la seule incapacité de transmettre qu'il prononçât; et encore, n'existe-t-elle plus aujourd'hui, depuis que la loi du 31 mai 1854 a fait disparaître la mort civile.

166 *bis*. — Quant aux étrangers, le *droit d'aubaine* proprement dit, qui attribuait leurs successions à l'État, avait été aboli par la loi des 6 et 8 août 1790; et nous avons déjà remarqué ailleurs que le Code Napoléon ne l'avait nullement rétabli, puisqu'il déclarait seulement les étrangers incapables de *succéder* en France, sans prononcer contre eux aucune incapacité de *transmettre* (comp. art. 726 et 912, et notre t. I, n° 244; *voy.* aussi *infra*, n° 193).

166 *ter*. — Ajoutons d'ailleurs que l'étranger ne

transmet sa succession en France qu'autant qu'il laisse des successeurs, réguliers ou irréguliers, enfant naturel ou conjoint.

A défaut de tout successeur, la succession est dévolue à l'État, à titre de déshérence, en vertu des articles 539 et 713; car il est évident qu'elle ne saurait être dévolue, à ce titre, au souverain du pays auquel l'étranger décédé appartenait (comp. Paris, 15 nov. 1833, Barnet, D., 1834, II, 2).

166 *quater*. — La vérité est donc qu'il n'y a, dans notre droit actuel, aucune incapacité de succéder *passivement*, c'est-à-dire de transmettre; et cette incapacité, en effet, produisait toujours finalement, d'une manière plus ou moins indirecte, la confiscation, que nos mœurs et nos lois réprouvent si justement (*infra*, n° 192).

167. — On reconnaissait autrefois que, pour pouvoir transmettre sa succession, il n'est pas nécessaire d'être né en légitime mariage; et que si un enfant naturel, un *bâtard*, comme on disait alors, ne peut pas avoir d'autres héritiers que ses enfants, ses père et mère ou son conjoint, *ce n'est point par défaut de capacité en sa personne pour transmettre sa succession, mais parce qu'il n'a pas d'autres parents pour la recueillir* (Pothier, *des Success.*, chap. I, sect. 1).

Cette observation est encore parfaitement exacte aujourd'hui.

168. — Venons maintenant à ce qui fait l'objet de notre chapitre.

Le législateur exige, pour que l'on puisse succéder, deux conditions, savoir : que l'on soit capable, et que l'on ne soit pas indigne.

Nous aurons donc naturellement trois points à examiner :

1° Quelles sont les causes d'incapacité;

2° Quelles sont les causes d'indignité;

3° Quels sont les effets de l'incapacité et de l'indignité.

SECTION I.

QUELLES SONT LES CAUSES D'INCAPACITÉ ?

SOMMAIRE.

169. — Toute personne peut succéder, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi.
170. — D'après les articles 725 et 726 du Code, les qualités requises pour succéder se rapportaient : 1° à la vie naturelle de celui qui doit être héritier; 2° à sa vie civile; 3° à sa nationalité.
171. — L'incapacité, qui résultait de la mort civile, n'existe plus aujourd'hui.
172. — De la nationalité ou de l'extranéité de l'héritier. — Renvoi.
173. — De l'existence naturelle de l'hériter au moment de l'ouverture de la succession. — Exposition. — Division.

169. — La règle générale est que toute personne peut succéder, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi.

C'est, chez nous, un principe de droit commun, que la capacité est la règle et l'incapacité l'exception (comp. art. 902, 1123).

L'article 725 en est lui-même, comme nous allons le voir, une application, puisqu'il énumère non pas ceux qui sont capables, mais ceux-là seulement qui *sont incapables*.

170. — Voici d'abord comment s'expriment les deux textes, qui prononcent les incapacités de succéder :

Article 725 : « Pour pouvoir succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession.

« Ainsi, sont incapables de succéder :

« 1° Celui qui n'est pas encore conçu ;

« 2° L'enfant qui n'est pas né viable ;

« 3° Celui qui est mort civilement. »

Article 726 : « Un étranger n'est admis à succéder « aux biens que son parent, étranger ou Français, possède dans le territoire de l'Empire, que dans les cas « et de la manière dont un Français succède à son

« parent possédant des biens dans le pays de cet « étranger, conformément aux dispositions de l'arti- « cle 11, au titre *de la Jouissance et de la privation des « droits civils.* »

On voit que les qualités requises pour succéder se rapportent, d'après ces textes, à trois conditions :

1° A la vie naturelle de celui qui doit être héritier ;

2° A sa vie civile ;

3° A sa nationalité.

171. — Il faut de suite mettre de côté la condition relative à la vie civile. Nous venons de dire (*supra*, n° 166) que la mort civile est abolie aujourd'hui par la loi du 31 mai 1854 (*voy.* d'ailleurs, sur ce sujet, notre t. I, n°s 202 et suiv.).

172. — Quant aux étrangers, la loi du 24 juillet 1819 a abrogé également, en ce qui les concerne, l'article 726 du Code Napoléon ; et ils sont aujourd'hui capables de succéder de la même manière que les Français (*voy.* aussi notre t. I, n°s 93 et suiv., et n° 244).

Toutefois, cette loi autorise, dans certains cas, au profit des cohéritiers français de l'héritier étranger, un prélèvement, dont nous aurons à nous occuper (*infra*, n°s 190 et suiv.).

173. — De ce qui précède, il résulte qu'il n'y a, en réalité, sous notre Code, qu'une cause d'incapacité de succéder, c'est celle qui résulte, si l'on peut dire ainsi, du *néant*, c'est-à-dire du défaut d'existence naturelle à l'instant de l'ouverture de la succession. Et encore, n'est-ce point là une cause d'incapacité proprement dite, mais bien plutôt une condition essentielle et *sine qua non*, de toute vocation quelconque, héréditaire ou autre (*infra*, n°s 175 et 185).

L'absence de cette condition peut provenir :

Soit de ce que celui au nom duquel on réclamerait la succession, avait déjà cessé d'exister au moment de son ouverture ;

Soit de ce qu'il n'avait pas encore commencé à exister à ce moment.

Nous nous sommes occupé déjà du premier cas (*supra*, n° 92).

Nous allons nous occuper ici du second.

Et nous examinerons ensuite ce qui concerne l'hypothèse de l'extranéité de l'héritier.

§ I.

De l'existence naturelle de l'héritier au moment de l'ouverture de la succession.

SOMMAIRE.

174. — Pour succéder, dit l'article 725, il faut

nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession.

Ainsi, sont incapables de succéder :

1° Celui qui n'est pas encore conçu ;

2° L'enfant qui n'est pas né viable.

De cette formule même, il résulte que la loi considère comme déjà existant celui qui n'est encore que conçu (ajout. art. 906).

Chez les Romains, les enfants simplement conçus étaient au nombre des personnes incertaines ; et comme tels, ils ne pouvaient pas être institués. Mais, dans plusieurs circonstances, *in compluribus causis,* on s'écartait de ce principe, en considérant, par une sorte de fiction, l'enfant conçu comme déjà né (*voy.* Inst., *de tutel.*, § 4; L. 7, ff. *de statu homin.*).

On a écrit que le législateur français n'avait eu besoin de recourir à aucune fiction semblable, et que les textes de notre Code, en effet, loin d'en porter la trace, mettent positivement les enfants conçus au nombre des personnes qui existent (art. 725, 906 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 416).

Cette proposition, toutefois, nous paraît trop générale ; la vérité est que l'enfant dans le sein de sa mère, le *fœtus*, n'a pas encore une existence distincte de celle de sa mère.... *pars viscerum matris ;* c'est seulement par la naissance qu'il acquiert une existence indépendante et *extra-utérine ;* et ce n'est, en réalité, que de ce moment qu'il est compté au nombre des personnes. Aussi, l'âge se calcule-t-il à dater de la naissance, et non point de la conception (*supra*, n° 105) ; et nous avons eu déjà plusieurs fois l'occasion de reconnaître qu'il ne faudrait pas toujours, même sous l'empire de notre Code, considérer comme existant l'enfant qui n'est encore que conçu (comp. art. 435, 961 ; notre t. I, nos 151 et 164 ; et notre t. VII, n° 436).

C'est donc aussi, à certains égards, par une faveur

bienveillante, que l'enfant simplement conçu est admis à succéder; faveur du reste très-bien justifiée, nous en convenons, puisque après tout l'existence, si elle n'est point encore commencée, a son principe dans la conception, et que l'enfant qui doit naître, aura, effectivement, besoin des biens de la succession, qu'on lui attribue.

Il n'y a pas, d'ailleurs, à distinguer (comme pourtant la pensée en était autrefois venue), entre les diverses époques plus ou moins avancées de la gestation, ni si l'enfant était déjà formé, ou s'il n'était encore, à raison du peu de durée de la grossesse (dans les premiers quarante jours, par exemple), qu'une portion des entrailles mêmes de sa mère (comp. Lebrun, *des Success.*, liv. I, chap. III, n° 4).

175. — Mais, du moins, faut-il nécessairement être conçu au moment de l'ouverture de la succession.

Un homme meurt, laissant pour héritiers ses père et mère et son frère (art. 748, 749). Ensuite, une année après, par exemple, les père et mère ont un nouvel enfant; celui-ci ne pourra rien prétendre dans la succession qui s'est ouverte antérieurement à sa conception.

Pareillement, au moment de l'ouverture de la succession, le *de cujus* laisse pour tout héritier un fils; et, par la renonciation ou l'indignité de celui-ci, la succession est dévolue à des ascendants ou à des collatéraux; mais voilà que le fils du défunt a lui-même, une année plus tard, un fils. Est-ce que ce fils pourrait prétendre à la succession du père de son père? Non, sans doute.

Il y en a deux raisons :

La première, c'est que les successions sont déférées aux parents (art. 731; or, la parenté est une relation qui exige évidemment deux termes; et elle ne peut dès lors s'établir qu'entre les personnes qui ont coexisté en même temps et simultanément; donc, l'enfant qui n'a été conçu qu'après la mort du *de cujus*, n'a jamais été son parent, ni son frère, ni son petit-fils. C'est ainsi que,

chez les Romains, bien que l'hérédité ab intestat ne fût pas toujours déférée à l'époque du décès, mais seulement lorsqu'il était certain que le défunt n'aurait pas d'héritier testamentaire, le petit-fils, conçu après le décès de son aïeul, ne pouvait pas être son héritier, lors même que l'hérédité ne se serait ouverte, en réalité, qu'après sa conception.... *deserto postea avi testamento;* et Justinien en donne précisément ce motif : *quia nullo jure cognationis patrem sui patrem tetigit* (§ 8, Inst., *de hæredit. quæ ab intestat.; voy.* aussi notre t. III, n° 114).

La seconde raison, c'est que les successions sont déférées par la loi, sans lacune, sans intervalle, au moment même de leur ouverture, à ceux qui se trouvent à ce moment-là, habiles à les recueillir; or, cette dévolution n'est pas conditionnelle, et elle ne pourrait pas l'être, sous peine de jeter dans les familles, et dans tous les droits, la plus funeste incertitude; donc, la succession une fois recueillie par celui qui avait qualité à cet effet, lui est désormais irrévocablement acquise, et ne saurait lui être enlevée par aucun événement postérieur.

Chacun de ces arguments est décisif.

Et pourtant, la thèse contraire a eu des partisans dans notre ancien droit français; elle était défendue par Serres, qui cite même un arrêt du parlement de Toulouse du 14 août 1725, par lequel il fut décidé qu'une petite-fille pouvait recueillir, de son chef, la succession de son aïeul décédé plusieurs années avant sa conception, lorsque sa succession était encore *jacente* (*Institut. au Droit français*, liv. II, tit. 1, § 8; comp. aussi Lebrun, *des Successions*, liv. I, chap. v, sect. 1, *distinct.* 2; Basnage sur l'article xc de la Cout. de Normandie; Flaust, t. I, p. 5, 6). Il arriva aussi que, devant le parlement de Paris, un petit-fils qui n'était né que *trente-quatre ans* après la mort de son aïeul, prétendit néanmoins avoir droit à sa succession. Un arrêt du 11 mars 1692 le déclara, il est vrai, non recevable, sur les conclusions conformes de d'Aguesseau; mais l'il-

lustre chancelier lui-même se demandait si du moins une personne, quoique conçue seulement depuis l'ouverture de la succession, ne devait pas exclure le fisc; et il répondait qu'on pouvait, *humanitate suadente*, préférer le petit-fils au fisc! (Comp. Merlin, *Rép.*, vº *Succession*, sect. I, art. 1, nºs 1 et 2.)

Il faut être certainement, sur ce point, plus ferme et plus net aujourd'hui; le texte de notre article 725 est formel; et, en conséquence, lors même que le petit-fils n'aurait été conçu que peu de temps après la mort de son aïeul (nous nous servons des termes que l'on emploie généralement dans cette hypothèse, quoiqu'il n'y ait alors, à vrai dire, ni petit-fils ni aïeul), lors même que la succession de l'aïeul serait dévolue au fisc, ou qu'elle n'aurait été appréhendée encore par personne et qu'elle serait vacante, le prétendu petit-fils n'aurait aucun droit à cette succession. On dirait en vain qu'aucun droit n'est encore acquis à d'autres; la réponse est que le droit est acquis à celui qui le réclamera plus tard; et reste toujours d'ailleurs cette raison, à elle seule tranchante, que le réclamant n'a pas été le parent du *de cujus*. Il se pourrait que cette décision parût rigoureuse dans certains cas plus ou moins exceptionnels; mais elle est absolue et ne saurait jamais fléchir.

176. — Évidemment aussi, la vocation héréditaire de l'enfant qui n'est que conçu, est subordonnée à la condition qu'il naîtra vivant et viable, *si fuerit editus* (L. 3, § 9, ff. *de suis et legit. hæred.*).

Et, d'abord, il faut qu'il *naisse*, c'est-à-dire :

1º Qu'il y ait *un enfantement*, et non pas *un écoulement*, ou *un avortement* du fœtus (comp. Roussilhe, *Inst. au Droit de légitim.*, t. I, p. 88; Locré, t. VI, p. 39);

2º Que l'enfant sorte tout entier vivant du sein de sa mère, et qu'il acquierre ainsi une vie complétement distincte et indépendante, *si vivus ad orbem totus processit* (L. 3, Cod. *de posth.*). Il faut, disait Henrys, que l'enfant

soit vivant *après être sorti tout à fait du ventre de la mère* (t. II, *plaid.* 5).

Peu importe qu'il ait été extrait au moyen de l'opération césarienne ou autre, avant ou même après le décès de sa mère, et qu'il soit mort lui-même presque immédiatement, *exciso ventre matris præmortuæ* (Louet, *Rec. d'arrêts notables*, t. I, p. 660). Nous n'avons pas admis, en France, l'opinion de Zacchias, qui voulait que l'enfant tiré du sein de sa mère par l'opération césarienne, vécût au moins vingt-quatre heures pour être considéré comme viable (*Quest. médico-légales*, lib. IX, titre II, *Quest.* 1, n° 23).

Mais du moins, est-il nécessaire, dans tous les cas, qu'il ait été séparé du corps de la mère; et nous ne croyons pas que l'on pût considérer comme né l'enfant qui ne serait pas sorti du sein de sa mère, lors même que l'on prétendrait qu'il y a été découvert vivant, eût-il même reçu le baptême à cet état d'embryon; car cette vie qu'il aurait eue n'aurait pas été extra-utérine (comp. Cologne, 14 mars 1853, Péters, D., 1855, II, 338).

177. — Il faut, disons-nous, que l'enfant naisse *vivant.*

Mais comment et à quels signes reconnaîtra-t-on que l'enfant a eu vie?

Question difficile, qui, depuis des siècles, a été l'objet de nombreuses controverses, et qui est, à vrai dire, presque toujours une question de physiologie et de médecine bien plutôt que de droit.

Il y a deux cas dans lesquels la difficulté ne s'élèvera pas en général, à savoir:

1° Si l'enfant est mort-né: *Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerint* (L. 129, ff. *de verb. signif.;* comp. aussi art. 9 du projet correspondant à l'art. 725; Locré, t. X, p. 71);

2° Si, au contraire, depuis sa naissance, il a eu, comme

disait Ricard, *une continuation de vie assez considérable* pour qu'il soit manifeste qu'il a vécu (*des Donations*, trait. 2, chap. v, n° 500).

178. — Mais il arrive souvent que l'enfant meurt presque aussitôt après sa naissance; et lorsqu'il n'est pas certain qu'il est mort-né, il s'agit de savoir s'il a eu vie.

C'est aux hommes de l'art qu'il appartient, avant tout, d'éclairer, sur ce point de physiologie et de médecine légale, la religion des magistrats.

Ce que nous pouvons dire, en général, c'est qu'il faut, pour qu'un enfant soit considéré comme vivant, qu'il ait eu, en effet, une vie indépendante, à lui propre, une vie enfin complétement extra-utérine.

On ne doit pas voir, d'ailleurs, une preuve de cette vie distincte, dans tout mouvement que pourrait faire le corps de l'enfant. Les pulsations, les mouvements convulsifs, des respirations incomplètes accompagnées de soupirs, ne sont le plus souvent que la continuation de la vie intra-utérine; et *ils peuvent procéder*, comme disait Pierre Lemaître, *d'un reste de chaleur* (tit. xv, *des Successions*, art. 316, p. 490). C'est en ce sens que le projet du Code Napoléon de l'an VIII déclarait incapable de succéder l'enfant né avant 186 jours, *quand même il aurait donné quelques signes de vie*, parce que ces signes étaient considérés non pas comme ceux d'une vie qui lui fût propre et extra-utérine, mais d'une vie qu'il n'avait qu'à titre de dépendance de celle de sa mère.

La preuve de cette vie distincte ne résulte que de la respiration complète (comp. Merlin *Question de droit*, v° *Vie*, § I).

Les cris ou les pleurs de l'enfant, *voce emissa*, ne permettent pas de mettre en doute que l'enfant a respiré complétement, et que, dès lors, il a vécu exclusivement par lui-même.

Plusieurs même prétendaient que cette épreuve était la seule qui témoignât de la vie de l'enfant; mais, dès

Justinien, cette controverse fut tranchée; et l'on reconnut que les cris, bien qu'étant la preuve la meilleure, n'étaient pourtant pas le seul indice possible de l'existence, qui pourrait être établie encore par d'autres preuves (comp. L. 3, Cod. *de posth.;* Lacombe, v° *Enfant*, n° 6; Kœnigswarther, *Revue de législ.*, t. XVI, p. 326).

Ajoutons seulement, avec Henrys, qu'il faut que les signes de la vie ne soient pas équivoques, mais certains et évidents (t. III, p. 757).

179. — Dès que l'enfant a eu vie, peu importe qu'il soit décédé presque aussitôt après sa naissance, par maladie ou par accident, comme si, par exemple, la sage-femme ou la nourrice l'a laissé tomber par terre (L. 3, Cod. *de posth.;* comp. Rousseau-Delacombe, v° *Enfant*, p. 260; Montvallon, *des Successions*, t. I, chap. v, art. 19).

L'existence même momentanée de l'enfant, si courte qu'elle ait pu être, a suffi pour le rendre capable aux yeux de la loi civile; il a donc pu recueillir et transmettre lui-même; comme il a pu révoquer les donations, dans le cas de l'article 960, etc. (comp. Angers, 25 mai 1822, Hamon, Sirey, 1823, II, 105; Merlin, *Question de Droit*, v° *Vie*, § 1; Duranton, t. VI, n° 77).

On voit qu'une existence de quelques instants, de quelques minutes seulement, ou même moins encore, dans l'enfant qui vient de naître, peut opérer, sans qu'il y ait eu lui-même, en réalité, aucun intérêt, une interversion considérable dans l'ordre des successions et un grand déplacement dans les fortunes.

« Ce qui peut faire cette question, disait Domat, ce n'est pas l'intérêt de ces enfants mêmes, mais celui d'autres personnes. Ainsi, par exemple, si une veuve accouche, après la mort de son mari, d'un enfant de quatre ou cinq mois, qui meure aussitôt après sa naissance, la question sera entre cette veuve, qui demandera ce que

les lois lui donnent sur les biens paternels de son enfant qu'elle prétendra avoir succédé au père, et les héritiers du père qui prétendront que cet enfant, n'ayant pu vivre, n'a pu succéder. Sur quoi, il faudra juger s'il a pu succéder à son père ou non. Et il en sera de même pour les biens maternels de l'enfant, si, ayant survécu à sa mère morte de l'accouchement, le père demandait contre les héritiers de la mère ce qui lui reviendrait des biens maternels de cet enfant. » (*Lois civiles*, liv. I, tit. I, sect. II, p. 313.)

180. — Mais, du moins, est-il indispensable, lorsque l'enfant, qui est né vivant, n'a pas vécu, qu'il fût né *viable*.

Quelle est l'acception de ce mot?

Nous pensons qu'il exprime l'aptitude à vivre pendant le cours d'une vie de durée moyenne, *vitæ habilis*, ou, suivant quelques-uns, *viæ habilis*, habile à fournir la *route*, la *carrière* de la vie, *vitalis*, et qu'en conséquence on doit considérer comme non viable l'enfant qui ne naît, en quelque sorte, que pour mourir presque immédiatement, parce que la nature lui a refusé les conditions nécessaires pour vivre.

Il faut, toutefois, que nous ajoutions que la doctrine de notre ancien droit français semblerait avoir été sur ce point, toute différente, et que la *viabilité* s'entendait alors non pas de l'aptitude à vivre pendant un temps plus ou moins long, mais uniquement de l'aptitude à vivre de la vie extra-utérine; de telle sorte que ces mots : *vivant* et *viable*, y auraient été finalement synonymes.

Les anciens jurisconsultes distinguaient, à cet effet, deux hypothèses :

D'abord, celle de l'enfant qui était né à terme;

Ensuite, celle de l'enfant qui était né avant le terme.

A. Pour le premier, ils le déclaraient capable de succéder et de transmettre, dès qu'il était né vivant, lors même qu'il n'aurait pas été conformé de manière à pou-

voir vivre; ils n'exceptaient que le *monstre, monstruosos partus*, qui n'avait point la figure humaine.

Cette solution était principalement fondée sur trois motifs : 1° l'enfant né vivant, quoique conformé de manière à ne pouvoir vivre, n'en est pas moins, disait-on, entré, comme une personne, dans la société civile et dans la famille; et il est juste, d'une part, qu'il puisse succéder, puisque après tout, il a besoin des biens de ce monde, au moins pour le peu de jours ou le peu d'heures, ou même le peu d'instants de sa vie; et, de l'autre, qu'il puisse transmettre, puisque sa naissance, et les soins et les peines qui l'ont précédée, ont coûté aux parents ce que leur coûte la naissance de leurs autres enfants; 2° rien, d'ailleurs, n'est plus difficile, même pour les gens de l'art, que d'apprécier sûrement si l'enfant venu vivant au monde, est ou n'est pas en état de conserver la vie qu'il vient d'acquérir; 3° enfin, les successions ne peuvent pas demeurer en suspens; or, que deviendrait la succession échue à cet enfant né vivant, pendant le temps de sa vie, si on soutenait qu'il ne peut pas néanmoins succéder, parce qu'il est fatalement condamné a mourir dans un délai plus ou moins rapproché? La succession, tant qu'il existe, ne peut appartenir à aucun autre; et, pourtant, elle ne peut pas non plus demeurer sans être à personne!

B. Quant à l'enfant né avant terme, l'opinion la plus générale était qu'il ne pouvait pas succéder; mais cette opinion était fondée uniquement sur ce que la naissance avant terme paraissait exclusive de la vie extra-utérine. Aussi, la question de savoir si l'enfant était ou n'était pas né *viable*, ne s'élevait-elle pas, quand il était certain que l'enfant, fût-il né même avant terme, avait vécu par lui-même d'une vie propre et indépendante; on ne discutait sur la question de *viabilité*, que lorsque les signes de vie avaient été équivoques, et qu'il était incertain si l'enfant était mort-né ou s'il avait eu une vie propre et

distincte. C'est alors que l'on examinait si l'enfant était venu à terme. La question que l'on agitait, était de savoir si la gestation avait duré plus de quatre ou plus de cinq mois pour qu'il y eût *viabilité;* et le désaccord consistait en ceci : que pour les uns, la naissance avant terme était une preuve exclusive de la vie extra-utérine, tandis que les autres n'y voyaient qu'une présomption susceptible d'être combattue par la preuve contraire.

Il ne sera pas sans intérêt de rappeler ici les témoignages de notre ancien droit, qui semblent bien consacrer cette doctrine.

C'est ainsi que Domat, exposant l'opinion de ceux qui voulaient déclarer capable de succéder l'enfant né avant terme, écrivait que « les lois appellent indistinctement tous les enfants aux successions et n'excluent de ce nombre que ceux qui, naissant sans la figure humaine, ne peuvent être mis au nombre des personnes; qu'encore que ces enfants ne puissent faire que bien peu d'usage des biens, *leur condition en ce point n'est pas différente de celle des enfants qui, étant à terme, naissent incapables de vivre et meurent aussitôt après leur naissance.... par quelque infirmité ou défaut de conformation, qui leur rendant la vie impossible et l'usage de leurs biens inutile, ne les rend pas pour cela incapables des successions....* » (*Lois civiles,* liv. I, tit. I, sect. II, p. 313-315.)

La question n'est pas de savoir, disait Pocquet de Livonnière, si l'enfant qui est né avant les cent quatre-vingt-deux jours de la conception, est viable pour recueillir une succession, mais s'il est légitime; *car, du moment qu'il a vécu, il est sûr qu'il est viable....* » (*Règles du droit français,* p. 194.)

Et enfin, les auteurs du Nouveau Denizart résumaient ainsi l'argumentation de ceux qui voulaient que les enfants, même nés avant terme, fussent capables de succéder :

« 1° Il n'est pas exact de dire que l'enfant né avant

terme, n'a aucun besoin des biens de ce monde.... On ne prétendra jamais qu'il faut lui refuser tout secours, parce qu'il est impossible qu'il conserve la vie qu'il vient d'acquérir;

2° Les mêmes raisons devraient pareillement déterminer à faire regarder comme n'ayant jamais existé les enfants nés à terme, à sept, huit ou neuf mois, qui *étant mal conformés ou ayant souffert des accidents, soit pendant la grossesse de leur mère, soit au moment de l'accouchement, naissent hors d'état de conserver la vie qu'ils viennent d'acquérir;* et on les déclarerait incapables de succession active et passive. *Néanmoins, on n'a jamais révoqué en doute que de pareils enfants ne fussent capables d'hériter et de transmettre leur succession....* » (V° *Grossesse*, § 3, n° 2; ajout. arrêtés de Lamoignon, Ve part., tit. XLI, *des Success.*, art. 4; Pothier, *des Success.*, chap. I, sect. II, art. 1).

181. — Est-ce dans cette acception que les auteurs de notre Code ont employé le mot *viable?*

Quelques passages des travaux préparatoires sembleraient autoriser à le faire penser. C'est ainsi que, dans la discussion du titre de *la Paternité et de la filiation*, lorsqu'on voulait définir l'expression d'enfant *viable* employée par l'article 314, M. Bérenger fait observer « que ces définitions sont inutiles, parce que, dans l'usage, le nom d'enfant n'est jamais appliqué au fœtus né par suite d'un avortement, et qu'ainsi la dénomination *d'enfant* renferme celle de viable.... » Et M. Tronchet ajoute que : « l'esprit du projet est de désigner l'enfant né à terme. » (Comp. Locré, *Législ. civ.*, t. II, p. 39, 40.) On pourrait remarquer encore que l'article 725 exigeant seulement que l'enfant soit né viable, ne paraît pas distinguer, en effet, la *vie* d'avec la *viabilité*.

Nous persistons néanmoins, malgré ces motifs, dans la doctrine qui est d'ailleurs généralement suivie sous notre Code, et d'après laquelle la viabilité distincte du fait même de la vie, s'entend de l'aptitude à vivre :

1° La preuve en résulte des travaux préparatoires eux-mêmes. On avait d'abord proposé, lors de la discussion du projet de Code, d'apprécier la viabilité de l'enfant d'après la durée de son existence depuis le moment de sa naissance ; et les partisans de ce système demandaient que l'on fixât à un délai de dix jours le temps pendant lequel la mort ou la survie deviendrait le *criterium* de la viabilité. Ce système, il est vrai, parut injuste et dangereux; avant ces dix jours l'enfant pouvait mourir, quoiqu'il eût toutes les conditions de la vie; un accident, une maladie, un défaut de soins, ou toute autre cause étrangère, pouvaient amener ce résultat; comme aussi l'enfant pouvait survivre à ce terme, quoiqu'il portât en lui le principe d'une mort inévitable et prochaine. N'a-t-on pas vu des enfants acéphales vivre jusqu'à dix-sept jours, et d'autres êtres, non moins maltraités par la nature, prolonger encore plus leur existence? cette proposition fut donc rejetée; mais elle n'en prouve pas moins, de la façon la plus décisive, que l'on ne confondait pas la vie avec la viabilité; et, ce qui le prouve plus irrésistiblement encore, c'est le résultat final de cette discusion, dans laquelle on reconnut que c'était seulement d'après la conformation des organes de l'enfant et sur l'appréciation des vices plus ou moins grands qu'ils peuvent présenter, que devaient se décider, suivant les cas, ces questions de viabilité. (Locré, *Législ. civ.* t. VI, p. 296-298.)

2° Il est d'autant plus rationnel d'entendre ainsi le mot *viabilité* dans notre Code (art. 314, 725), que telle en est l'acception reçue, soit dans la langue ordinaire, soit dans la langue médicale, à laquelle les légistes l'ont empruntée (comp. le *Dictionnaire de l'Académie*, v° *Viable;* le docteur Le Bidois, *Considérations médico-légales sur la viabilité de l'enfant naissant*; Duvergie, *Médecine légale*, t. II, chap. II, p. 31 et suiv.).

3° En raison d'ailleurs, on comprend bien comment le législateur n'a pas dû tenir compte de cette existence

éphémère d'un enfant, qui ne naît absolument que pour mourir. Il est vrai que cette situation peut avoir certains inconvénients assez graves; qu'elle peut, par exemple, se prolonger pendant un certain temps (qui sera néanmoins, presque toujours très-court), et que, d'autre part, elle pourra nécessiter plus d'une fois des exhumations, des dissections de cadavres; car souvent ce ne sera qu'après la mort de l'enfant que l'on pourra vérifier exactement s'il était conformé de manière à vivre, l'autopsie pouvant seule découvrir certains vices organiques, qui, malgré les apparences extérieures, rendaient la vie impossible (*Dictionnaire des sciences médicales*, v° *Viabilité*). Mais ce sont là des inconvénients inévitables.

Concluons donc qu'il faut tenir pour non viable l'enfant même qui a vécu, s'il n'a pas apporté en naissant l'aptitude à pouvoir vivre; et cette impossibilité de vivre peut résulter principalement de deux causes : soit de la faiblesse et de l'extrême débilité de la constitution (première cause qui proviendra presque toujours de la naissance avant terme), soit de l'absence totale, ou de l'imperfection, ou de la difformité de l'un des organes nécessaires à l'existence, et sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il a contracté cette imperfection ou cette difformité pendant la grossesse dans le sein de sa mère, ou si elles sont le résultat de l'accouchement lui-même, et d'une opération qui aurait été pratiquée pour l'en extraire. L'enfant, dans ces différents cas, doit être déclaré non viable, lorsqu'il est reconnu que la nature, par ses propres forces, ou la science, par ses soins ou ses procédés, étaient impuissantes pour triompher de la cause fatale et prochaine de mort, à laquelle il devait nécessairement succomber (comp. art. 314, 725, 906, notre tome V, n°s 39 et 73; Limoges, 12 janvier 1813, Coste, Sirey, 1813, II, 261; Angers, 25 mai 1822, Hamon, Sirey, 1823, II, 105; Bordeaux, 8 fév. 1830, Merle, D., 1830, II, 160; Toullier, t. II, n° 97; Duranton, t. VI, n° 74; Marcadé,

art. 725; n° 7; Demante, t. III, n° 32; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 436; Chabot, art. 725, n° 12; Malpel, n° 25; Vazeille, *des Success.*, art. 726; n° 3).

182. — Cette doctrine nous servira aussi à résoudre une question, dont nos anciens auteurs s'étaient beaucoup préoccupés; nous voulons parler des *monstres*, de ces *partus monstruosos*, qui n'ont pas la figure humaine.

Ces *parts* extraordinaires, et, puisqu'il faut les appeler par leur nom, ces *monstres* ne sont, en effet, pas *viables*; et leur incapacité de succéder est ainsi écrite formellement dans l'article 725.

Nous avons d'ailleurs fourni déjà, sur cette thèse, des développements auxquels il suffit de nous référer (*voy.* notre t. V, n° 112).

183. — De ce qui précède, il résulte que trois faits sont à prouver, lorsque l'on réclame une succession du chef d'un enfant qui n'était pas encore né au moment de son ouverture, à savoir :

1° Que cet enfant du moins était conçu à cette époque;

2° Qu'il est né vivant;

3° Qu'il est né viable.

Reste à savoir par qui et de quelle manière ces différentes preuves doivent être faites.

184. — 1° Par qui et comment devra être faite la preuve de la conception de l'enfant à l'ouverture de la succession ?

Cette question en soulève d'abord une autre, qui est de savoir si les présomptions écrites dans les articles 312 et 315 sont ici applicables; car, dans le cas de l'affirmative, la présomption légale, qu'elle eût pour résultat d'admettre l'enfant à la succession ou de l'en écarter, serait toujours une preuve toute faite, et même irréfragable, soit pour lui, soit contre lui.

La difficulté proposée ne nous paraît pas susceptible de recevoir une solution absolue; et nous croyons que des distinctions sont nécessaires.

La règle, à cet égard, nous paraît être que les présomptions légales des articles 312, 314 et 315, sur le *minimum* et le *maximum* de la durée de la gestation en matière de légitimité, devront être appliquées, même en toute autre matière, lorsqu'il ne serait pas possible d'en écarter l'application, sans aboutir à l'un ou à l'autre de ces résultats : soit de mettre la loi dans une manifeste contradiction avec elle-même, soit de refuser à la présomption légale, en matière de légitimité, c'est-à-dire dans le cas même pour lequel elle a été faite, ses conséquences les plus nécessaires.

Mais, en dehors de ces deux motifs, les présomptions écrites dans les articles 312-315, en matière de légitimité, ne seront plus applicables, en matière de succession, du moins avec le caractère de présomptions qui n'admettent pas la preuve contraire.

Cela posé, quatre hypothèses peuvent se présenter :

A. L'enfant est né avant le cent quatre-vingtième jour à compter de l'ouverture de la succession.

Il faudra appliquer la présomption légale, d'après laquelle la grossesse ne peut pas durer moins de cent quatre-vingts jours; et en conséquence, cet enfant sera, de plein droit, présumé avoir été conçu au jour de l'ouverture de la succession, sans qu'aucune preuve contraire puisse être admise. En effet, si en matière de légitimité, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit pour l'enfant, pour sa mère, pour la société elle-même, de l'intérêt le plus considérable, la loi n'admet pas que la grossesse ait pu avoir une durée moindre de 180 jours, on ne pourrait pas l'admettre sans une inconséquence flagrante, lorsqu'il s'agit d'un intérêt beaucoup moindre, d'un simple intérêt de succession !

Par la même raison, l'enfant qui naîtrait avant le cent quatre-vingtième jour du mariage de ses père et mère, ne pourra pas recueillir une succession qui se serait ouverte peu de temps avant ce mariage, lors même qu'il ne serait

pas désavoué (art. 314). Car de deux choses l'une : ou il n'a été conçu que depuis le mariage; et alors, la conception est postérieure à l'ouverture de la succession; ou il a été conçu avant le mariage; et dans ce cas, il n'était qu'un enfant naturel, incapable de succéder au *de cujus*. Cela est si vrai, que lors même que sa naissance serait antérieure à l'ouverture de la succession, il ne pourrait pas non plus la recueillir, si au moment où la succession s'est ouverte, il n'était qu'un enfant naturel et si sa légitimation par le mariage subséquent de ses père et mère n'avait eu lieu que postérieurement (art. 333; comp. Cass., 11 mars 1811, I, 129; Paris, 21 déc. 1812, mêmes parties, Sirey, 1813, II, 88; Riom, 3 juil. 1840, Allary, Dev., 1840, II, 362; Merlin, *Rép.*, v° *Success.*, sect. I, § 2, art. 5, n° 1; Valette sur Proudhon, t. II, p. 22, 23; *voy.* au reste notre t. V, n°s 64 et 369).

B. L'enfant est né après le trois centième jour de l'ouverture de la succession.

Il faudra encore appliquer la présomption légale, d'après laquelle la grossesse ne peut pas durer plus de trois cents jours (art. 315); et en conséquence, cet enfant sera présumé, de plein droit, n'avoir pas été conçu au jour de l'ouverture de la succession, sans qu'aucune preuve contraire puisse être admise. Le motif en est toujours le même en sens inverse; si effectivement, la loi n'admet pas, lors même qu'il s'agit de rendre l'enfant légitime, que la grossesse ait pu durer plus de trois cents jours, il est évidemment impossible de l'admettre, lorsqu'il s'agit seulement de le rendre héritier! Nous ne pourrions donc point partager le sentiment de MM. Massé et Vergé, qui enseignent que *l'enfant né plus de trois cents jours après le décès du* de cujus, *serait recevable à prouver qu'il était conçu au moment de ce décès* (sur Zachariæ, t. II, p. 241, note 2).

C. Pareillement, les présomptions légales des articles 312, 314 et 315, seront applicables même en matière de

succession, sans qu'aucune preuve contraire puisse être admise, toutes les fois que l'on ne pourrait pas contester la vocation héréditaire de l'enfant, sans contester, du même coup, sa légitimité. La loi, en effet, qui présume que l'enfant était conçu, à l'effet de le déclarer légitime, présume nécessairement aussi qu'il était conçu à l'effet de le déclarer héritier, dans tous les cas où la question de succession est liée à la question de légitimité. On ne pourrait donc pas, sans refuser alors à la présomption légale, en matière de légitimité, c'est-à-dire dans le cas même pour lequel elle a été faite, on ne pourrait pas, disons-nous, sans lui refuser son effet le plus direct, prétendre que l'enfant, que l'on serait forcé de reconnaître comme légitime, ne peut pas néanmoins être héritier. Ainsi, on ne pourrait certainement pas écarter de la succession du mari décédé, l'enfant né le trois centième jour après la dissolution du mariage. Et il en faudrait dire autant de toute autre succession, si, pour l'en écarter, on se fondait sur ce qu'il n'aurait pas été conçu avant la dissolution du mariage; car on ne pourrait alors lui contester ses droits héréditaires qu'en méconnaissant sa légitimité.

Cette solution d'ailleurs devra être également suivie, lors même que le mariage ne serait pas dissous, dans les autres cas où la vocation héréditaire de l'enfant serait subordonnée à sa légitimité; comme par exemple, si l'absence du mari ou toute autre cause semblable avait produit temporairement, entre les époux, une impossibilité physique de cohabitation (art. 312). La question serait encore, dans ce cas, de savoir non pas si l'enfant était conçu à l'époque de l'ouverture de la succession et s'il est héritier, mais s'il a été conçu des œuvres du mari et s'il est légitime.

Notre conclusion est donc que, dans les trois hypothèses que nous venons d'examiner, les présomptions écrites dans les articles 312, 314 et 315, en matière de légitimité,

sont applicables en matière de succession, avec le caractère qui leur appartient, c'est-à-dire comme présomptions *juris et de jure*, n'admettant pas la preuve contraire, ni pour l'enfant, ni contre lui, soit qu'elles aient pour résultat de l'admettre à la succession, ou de l'en écarter (*voy.* notre t. V, n° 100).

185. — D. 1° Reste une quatrième et dernière hypothèse, la seule, suivant nous, qui soit vraiment difficile.

L'enfant est né plus de cent quatre-vingts jours et moins de trois cents jours après l'ouverture de la succession ; et il s'agit pour lui, non pas d'une question de légitimité, mais uniquement d'une question de succession.

Pierre et Sophie, par exemple, ont deux enfants; l'un d'eux meurt ; et deux cent quatre-vingt-quinze jours après sa mort, Sophie accouche d'un nouvel enfant.

Cet enfant succédera-t-il à l'enfant décédé avant sa naissance? En d'autres termes, doit-on présumer qu'il était conçu au moment de l'ouverture de la succession? et faut-il, en matière de succession, appliquer la présomtion, d'après laquelle la grossesse est réputée avoir pu durer trois cents jours, quand il y va de l'intérêt de l'enfant?

Les opinions sont ici fort partagées :

1° Il en est une, qui enseigne que les présomptions légales des articles 312 et 315, doivent encore être appliquées dans ce cas, comme les présomptions *juris et de jure*, qui ne peuvent pas être combattues par la preuve contraire : décider autrement, c'est s'exposer, dit-on, à des méprises et à des injustices, parce que c'est livrer le droit de l'enfant à l'arbitraire, ou tout au moins aux chances d'un genre de preuves rempli d'incertitude, parce qu'il est couvert d'obscurité. Il y aurait une véritable inconséquence à ramener en matière de succession, les disputes et les différents systèmes, que la loi a voulu précisément proscrire en matière de filiation (comp. Paris, 19 juill. 1819, Carré, Sirey, 1819, II, 213; Cass., 8 févr. 1821, mêmes parties, Sirey, 1821, I, 404; Cass., 28 nov.

1833, Chesne, D., 1835, I, 85; Grenoble, 20 janv. 1853, Gros, D., 1855, II, 39; Poitiers, 24 juill. 1865, Chenagon, Dev., 1865, II, 271; Toullier, t. IV, n° 85; Duranton, t. VI, n° 72; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 167; Taulier, t. III, p. 125; Belost-Jolimont sur Chabot, art. 725, observ. I; Malpel, n° 28; Vazeille, art. 725, n° 7; Troplong, *des Donat. et des Test.*, t. II, n° 606; D., *Rec. alphab.* (nouvelle édit.), v° *Success.*, t. XLI, p. 185, n° 85).

Mais cette doctrine ne nous paraît pas admissible :

D'une part, en effet, d'après la présomption légale elle-même, la gestation peut avoir duré plus ou moins longtemps, depuis le cent quatre-vingtième jour jusqu'au trois centième jour; il se peut également que l'enfant ait été conçu ou qu'il n'ait pas été conçu à l'époque de l'ouverture de la succession. Il est vrai que la loi présume tantôt la plus longue, tantôt la plus courte durée de la grossesse, suivant que l'intérêt de l'enfant l'exige. Oui? mais l'intérêt de la légitimité; or, il ne s'agit pas ici de savoir si l'enfant sera ou ne sera pas légitime, mais seulement s'il sera ou ne sera pas héritier; et la preuve en serait manifeste, dans le cas où il s'agirait de l'application, non pas de l'article 725, mais de l'article 906; comme si un legs, par exemple, avait été fait à l'enfant d'une femme non mariée, fille ou veuve; il est clair que la question de savoir si cet enfant était conçu à l'époque du décès du testateur, serait parfaitement étrangère à sa légitimité, puisque dans toutes les hypothèses, il ne pourrait être qu'un enfant naturel!

D'autre part, on peut supposer telle hypothèse, dans laquelle il serait évidemment impossible aux partisans eux-mêmes de la doctrine, que nous combattons, de l'appliquer. Supposons, par exemple, qu'une femme accouche d'un enfant, qui meurt quinze jours après sa naissance; cet enfant a recueilli une succession qui s'est ouverte la veille de l'accouchement. La femme ensuite met

au monde un autre enfant cent quatre-vingts jours après la mort de l'autre, mais moins de trois cents jours après l'ouverture de la succession. Appliquera-t-on l'article 315, et cet enfant sera-t-il appelé à la succession qui s'est ouverte avant que sa mère fût accouchée de l'autre enfant, dont la naissance a précédé sa conception? nous ne croyons pas que les partisans même les plus déclarés de la solution affirmative du problème de la *superfétation*, voulussent le soutenir!

2° D'après une seconde opinion, extrême aussi en sens inverse, non-seulement les présomptions des articles 312 et 315 ne pourraient pas être invoquées en matière de succession (ou de legs), avec ce caractère de preuve irréfragable, que la loi leur attribue en matière de filiation; mais elles y seraient même tout à fait étrangères et ne pourraient fournir aucun secours ni à l'enfant, ni contre l'enfant:

La présomption légale, dit l'article 1350, est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits; d'où il suit que la présomption légale n'existe que pour les cas dans lesquels elle a été spécialement établie; or, la présomption des articles 312 et 315 n'a eu pour but que de déterminer l'état de l'enfant et de décider une question de légitimité; donc, en dehors de cette question, la présomption légale n'existe plus; donc, c'est à l'enfant (ou à ses représentants) à prouver qu'il était conçu à l'époque de l'ouverture de la succession.

Que l'on n'objecte pas (dit encore ce système) que la capacité est la règle, et l'incapacité l'exception, et que c'est à ceux qui opposent une incapacité, c'est-à-dire qui invoquent un moyen exceptionnel, à en établir la preuve. Car autre chose est l'incapacité de succéder; autre chose le défaut d'existence à l'époque de l'ouverture de la succession; ce sont là deux ordres d'idées fort distincts. L'existence de celui que l'on prétend avoir recueilli un droit, est une condition essentielle de sa vocation; elle est le fondement même de la demande; et voilà pourquoi, en

effet, l'article 135 déclare formellement que c'est à celui qui réclame un droit échu à un individu dont l'existence ne sera pas reconnue, à prouver que le dit individu existait, quand le droit a été ouvert; or, la conception est le principe même de l'existence; donc, c'est à celui qui prétend que l'enfant était conçu à l'époque de l'ouverture de la succession, à fournir, en effet, cette preuve.

Et vainement, invoquerait-il les articles 312 et 315, car non-seulement ces articles disposent pour une autre hypothèse et en vue d'un intérêt différent; mais il est clair que la loi, dans ces articles, ne dit pas que la grossesse dure ordinairement trois cents jours; et elle n'aurait pas pu le dire, sans donner un démenti à l'expérience la plus constatée, d'après laquelle, au contraire, la durée de la gestation n'est habituellement que de deux cent soixante-dix à deux cent quatre-vingts jours. Tout ce qui résulte des articles 312 et 315, c'est qu'il n'est pas impossible que la grossesse ait duré trois cents jours; mais ce n'est pas là le *quod plerumque fit;* ce n'est point là une présomption ordinaire dont l'enfant puisse se prévaloir, lorsqu'il ne s'agit, pour lui, que d'un intérêt purement pécuniaire (comp. Coin-Delisle sur l'article 906, n° 6; Marcadé, art. 725, n°s 11-5; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. III, n° 418; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, art. 725; Mimerel, *Revue crit. de jurisp.*, 1854, t. V, p. 512 et suiv.).

3° Cette seconde opinion nous paraît sérieusement motivée; et nous n'hésiterions pas, s'il fallait choisir entre les deux, à la suivre de préférence à la première que nous avons d'abord exposée.

Mais, à notre avis, il est une doctrine intermédiaire, dans laquelle le mieux et le plus sûr est de s'arrêter. Cette doctrine consiste à dire que les présomptions des articles 312 et 315 n'ont pas, à la vérité, en matière de succession, la force d'une preuve irréfragable; mais que, néanmoins, elles pourront être invoquées par l'enfant pour établir la possibilité de sa conception à l'instant de

l'ouverture de la succession; et que par conséquent, l'enfant qui sera né le trois centième jour après le décès du *de cujus*, sera présumé avoir été conçu à l'époque de ce décès, sauf à la partie adverse à établir que la conception est, au contraire, postérieure à cette époque.

Voici nos motifs :

En règle générale, sans doute, c'est à celui qui réclame une succession du chef d'un individu, à prouver que cet individu existait, lorsque la succession s'est ouverte. La nécessité de l'existence naturelle de l'héritier est, nous le croyons aussi, distincte de la capacité proprement dite; elle est la condition essentielle et positive de toute vocation; elle est, en un mot, un fait comme un autre, qui doit être prouvé, d'après la règle générale, par celui qui l'allègue; et, à ce point de vue, il semble effectivement que l'on serait fondé à dire que la preuve de l'antériorité de la conception au décès du *de cujus*, se rattachant à cette condition de l'existence naturelle, devrait rigoureusement être faite par l'enfant lui-même ou par ses représentants.

Mais en même temps, on doit pourtant reconnaître que cette preuve rigoureuse et directe de l'époque de la conception, est impossible à faire, et qu'il faut ici, de toute nécessité, avoir recours à une présomption, c'est-à-dire arriver à la découverte du fait inconnu et mystérieux de la conception, par voie d'induction et de probabilités. Cela est si vrai, que les partisans du second système que nous avons exposé, décident eux-mêmes, d'après la présomption généralement admise, disent-ils, que la grossesse ne dure, en général, et le plus ordinairement, que deux cent soixante-quinze jours. Eh bien! présomption pour présomption! puisqu'il faut absolument ici en suivre une, nous aimons encore mieux, pour notre part, nous rattacher à celle que la loi a consacrée :

1° En effet, cette présomption, puisque la loi l'a admise en matière de filiation, n'a évidemment rien de

contraire à l'ordre de la nature; et il est possible, dès lors, que l'enfant qui l'invoque, ait été conçu à l'instant de l'ouverture de la succession.

2° Il serait presque toujours extrêmement rigoureux d'écarter de la succession un enfant qui serait né dans le délai où la loi elle-même reconnaît que la conception a pu avoir lieu; et nous avons vu plus haut à quel point on redoutait autrefois cette rigueur, puisqu'on voulait même admettre comme héritiers les enfants dont la conception était manifestement postérieure à l'ouverture de la succession (*supra*, n° 175).

3° Cette doctrine ne présente pas d'ailleurs d'inconvénients graves, puisque les adversaires de l'enfant (ou de ses représentants) pourront toujours combattre, par tous les moyens possibles, cette présomption simple; les gens de l'art, médecins, accoucheurs, sages-femmes, pourront être entendus; ils pourront déclarer, après avoir examiné la mère et l'enfant, et suivant les différentes circonstances du fait, si dans leur opinion, la conception remonte, en effet, à une époque antérieure au décès du *de cujus;* et les magistrats tiendront plus ou moins de compte de ces divers éléments d'instruction, suivant qu'il en résulterait que la grossesse aurait eu une durée plus ou moins longue.

4° Enfin, on peut dire que l'article 725 lui-même favorise cette idée, par le classement dans lequel il assimile l'incapacité résultant de la *non-conception* à celle résultant de la non-viabilité ou de la mort civile; c'est, en effet, certainement à celui qui prétend, soit que l'enfant n'est pas né viable, soit que l'héritier, qui se présente, est mort civilement, à prouver contre eux leur incapacité; or, encore une fois, l'article 725 met sur la même ligne que la non-viabilité ou la mort civile, le fait de *non-conception;* donc il suppose, jusqu'à un certain point, que l'enfant a, en sa faveur, une présomption telle quelle, et que c'est à ses adversaires à la combattre

et à la détruire (comp. Chabot, sur l'art. 725, n° 7; Demante, t. II, n° 32 *bis*, I; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 95, note *a*; *Revue du Notoriat et de l'Enregistrement*, 1866, p. 474 et suiv. *Observations* de M. Astoul).

186. — 2° Maintenant, par qui et de quelle manière devra être faite la preuve que l'enfant est né vivant? (*supra*, n° 183).

On a enseigné que « la présomption est que tout enfant est né vivant; et que dès lors c'est à celui qui prétend qu'un enfant n'est pas né vivant, à en faire la preuve. » (Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 241; comp. aussi Bordeaux, 8 févr. 1830, Merle, D., 1830, II, 160.)

L'opinion contraire est toutefois généralement adoptée, et suivant nous, avec raison. Il faut remarquer, en effet, que cette question-là ne peut le plus souvent s'élever qu'à l'égard d'un enfant qui est mort peu de moments après sa naissance; et dans cette hypothèse, on ne peut même pas affirmer, en fait, que la présomption est qu'il est né vivant. En droit, d'ailleurs, c'est toujours à celui qui réclame la succession du chef d'un individu, à prouver que ledit individu existait, lorsque la succession s'est ouverte (art. 135, 136); donc, c'est à celui qui prétend que l'enfant a succédé, à prouver qu'il était vivant (comp. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Vie*, § 1; Toullier, t. III, n° 93; Duranton, t. VI, n° 78, Chabot, sur l'art. 725, n° 12; Demante, t. III, n° 29).

Régulièrement, cette preuve devra résulter de la production de l'acte de naissance de l'enfant, qui constate la date de sa naissance (d'où l'on induira la date probable de la conception), et la vie de l'enfant, qui a dû être présenté à l'officier de l'état civil (art. 55; comp. notre t. I, n°s 295, 296). Et cet acte fait même foi de la vie de l'enfant, jusqu'à inscription de faux (comp. Paris, 13 floréal, an XII, Deshaies, D., *Rec. alph.*, t. XII, p. 68).

Si l'enfant a été présenté sans vie à l'officier de l'état civil, nous savons qu'aux termes du décret du 3 juillet 1806, l'acte qui doit être alors dressé, n'est qu'un procès-verbal de cette présentation ; qu'il ne constitue pas plus, à vrai dire, un acte de naissance qu'un acte de décès; et qu'il n'en résulte aucun préjugé sur la question de savoir si l'enfant a eu vie ou non (comp. notre tome I, n° 299 ; Angers, 25 mai, 1822, Hamon, Sirey, 1822, II, 105).

Il en est donc absolument de ce cas comme de celui où il n'a été dressé aucun acte constatant la naissance de l'enfant; c'est-à-dire que la preuve que l'enfant a eu vie, pourra être faite par tous les moyens, et principalement par le témoignage des médecins, chirurgiens, sages-femmes qui auront accouché la mère, et des autres personnes qui auraient assisté à l'accouchement, ou qui auraient vu l'enfant depuis sa naissance. Il est vrai que l'on peut remarquer, avec le Nouveau Denizart, que ces témoignages émaneront toujours *de personnes intéressées à constater la vie de l'enfant, ou de personnes qui leur sont dévouées, et en l'absence des personnes intéressées à en combattre la vérité* (v° *Grossesse*, § 3). C'est là un danger sans doute; mais il faut bien en prendre son parti, puisque ces sortes de personnes sont véritablement, en cela, comme disait Merlin, *des témoins nécessaires* (*loc. supra cit.*); c'est d'ailleurs aux magistrats qu'il appartient d'apprécier le caractère des dépositions, leur gravité, eu égard aux lumières des différents témoins, à leur qualité, et au degré de confiance qu'ils méritent sous tous les autres rapports (comp. Limoges, 12 janv. 1813, Coste, Sirey, 1813, II, 261).

Quant aux circonstances qui témoignent que l'enfant a existé, nous nous sommes expliqué plus haut (n° 177).

187. — 3° Mais une fois qu'il est établi que l'enfant est né vivant, c'est à ceux qui prétendent qu'il n'est pas né viable, à en fournir la preuve.

M. Duranton exprime toutefois le sentiment contraire, par le motif, dit le savant auteur, que tout demandeur doit fournir sa preuve et sa preuve complète ; et que l'article 725 déclare incapable de succéder l'enfant qui n'est pas né viable (t. VI, n° 78).

Mais précisément, l'article 725, présentant la *non-viabilité* de l'enfant comme un cas d'incapacité, rejette, par cela même, le fardeau de la preuve sur ceux qui prétendront qu'il n'est pas né viable; car la capacité est la règle, et l'incapacité l'exception (*supra*, n° 169); et cette règle de droit est ici conforme à la présomption de fait, d'après laquelle tout enfant né *vivant* est en général *viable*.

Nous ne pensons même pas que l'on doive, avec Toullier, excepter le cas où l'enfant serait né avant le cent quatre-vingtième jour de la célébration du mariage de ses père et mère (t. II, n° 98; *voy.* aussi Troplong, *des Donat. et Test.*, t. II, n° 601). Il ne faut pas confondre, en effet, la question de légitimité avec la question de succession. Sans doute, lorsque l'une de ces questions sera liée à l'autre, l'enfant ne pourra pas succéder, s'il est désavoué; mais pourquoi ? parce qu'il ne sera pas légitime, et non point parce qu'il sera presumé, de plein droit, non-viable; aussi, dans le cas contraire, sera-t-il né viable, s'il est né vivant, même dans les cent quatre-vingts jours du mariage. Tout ce que l'on peut dire, c'est qu'on sera en général porté, en cas de doute, à déclarer plus facilement non-viable l'enfant qui ne naîtrait que dans les cent quatre-vingts jours du mariage de sa mère (comp. Demante, t. III, n° 32 *bis*, II).

Il est clair d'ailleurs que la preuve de la non-viabilité de l'enfant pourra être faite aussi par tous les moyens, et qu'elle serait recevable après la mort de l'enfant, lors même qu'une exhumation deviendrait ainsi nécessaire (comp. *supra*, n° 181 ; Limoges, 12 janv. 1813, Coste, Sirey, 1813, II, 261; Angers, 25 mai 1822, Hamon, Sirey, 1823, II, 105 ; Bordeaux, 8 fév. 1830, Merle, D., 1830,

II, 160; Demante, t. III, n° 30; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 98, note *a*).

188. — La vocation d'héréditaire de l'enfant, qui n'est que conçu, est, ainsi que nous l'avons vu, conditionnelle, savoir : pourvu qu'il naisse vivant.

En cet état, on peut demander quel est, *interea*, le droit soit des parents du degré subséquent, soit des cohéritiers de l'enfant conçu.

A. Quant aux parents du degré subséquent, lorsque l'enfant conçu est seul de son degré appelé à succéder, ils ne sont pas héritiers, puisque précisément c'est l'enfant, quoiqu'il ne soit encore que conçu, que la loi déclare tel : *Non admittuntur*, disait Paul, *dum incertum est an nasci possit* (L. 3, ff. *si pars hæredit. petat.*); et Lebrun écrivait aussi qu'ils doivent attendre *le succès des couches* (liv. I, chap. IV, sect. III). Le plus que l'on pourrait faire, en cas pareil, serait de dire qu'ils peuvent demander à la justice l'autorisation d'employer, suivant les circonstances, des mesures conservatoires, si les magistrats pensaient qu'il y a lieu d'y recourir; et nous croyons qu'en effet, les magistrats auraient, suivant les cas, le pouvoir d'ordonner celles qu'ils croiraient nécessaires et utiles (arg. de l'article 1180; *voy.* aussi *supra*, n° 153).

B. Si l'enfant conçu a des cohéritiers, le partage de la succession peut-il être demandé, avant la naissance de cet enfant, soit en son nom contre ses cohéritiers, soit par ceux-ci contre l'enfant ?

Nous nous sommes déjà occupé ailleurs de cette question (*voy.* notre t. V, nos 75 et suiv.); et nous persistons dans l'opinion que nous avons exprimée, qu'il serait difficile de contraindre les cohéritiers de l'enfant à faire un partage, dont les frais pourraient être complétement perdus, si l'enfant ne naît pas vivant et viable.

On pourrait même soutenir aussi, suivant nous, que l'action en partage ne serait pas non plus recevable de la part des cohéritiers de l'enfant simplement conçu; qu'il

y a là, de part et d'autre, une attente nécessaire et une sorte de temps d'arrêt inévitable; et qu'il n'y aurait lieu tout au plus, en cet état, qu'à un partage provisionnel (comp. Lebrun, *loc. supra cit.*).

189. — Mais en admettant que le cohéritier ou les cohéritiers de l'enfant simplement conçu aient le droit de provoquer, avant sa naissance, un partage soit provisionnel, soit même définitif, la question sera de savoir si l'on doit attendre de la grossesse de la femme un seul enfant ou un plus grand nombre, et pour combien de portions il faut admettre le *partus*.

Cette question d'ailleurs peut s'élever aussi, indépendamment de toute action en partage, sur le point de savoir pour quelle part les cohéritiers et le *partus* seront saisis, de plein droit, des dettes et des créances héréditaires, et jusqu'à quelle concurrence ils pourraient poursuivre les débiteurs et être poursuivis par les créanciers.

Et cela peut être d'autant plus intéressant à résoudre, qu'il ne paraît pas que le cohéritier de l'enfant conçu soit soumis, en attendant, à fournir aucune sûreté ni aucune garantie de restitution (*voy.* pourtant *supra*, n° 188).

Les jurisconsultes romains avaient pensé que l'on devait compter sur la naissance de trois enfants; voilà du moins ce qui semble résulter de plusieurs fragments du *Digeste*, et particulièrement d'une certaine loi 3 du titre: *si pars hæreditatis petatur*, aux dépens de laquelle Bravard s'est un peu égayé, et dont le bien regrettable Alban d'Hauthuille a pris la défense, en montrant que les jurisconsultes romains n'avaient pas, sur la fécondité des femmes, *une opinion si magnifique* que notre spirituel collègue de la Faculté de Paris a bien voulu le dire (comp. Bravard-Veyrières, *de l'Étude et de l'enseignement du droit romain*, p. 179 et suiv.; Alban d'Hauthuille, *Revue de législ.*, t. VI, p. 42 et suiv.).

Nos anciens auteurs français enseignaient, au contraire, que l'on ne doit compter, en pareil cas, que sur

deux enfants; et le motif en était, suivant Lebrun, « qu'il ne faut pas s'attacher ici à ce qui arrive ordinairement, mais à ce qui peut arriver. » (Liv. I, chap. IV, sect. III.)

Nous ne nous rendons pas bien compte de ce motif; car, en général, la présomption se déduit de ce qui arrive le plus ordinairement, *ex eo quod plerumque fit;* or, en général, la grossesse ne produit qu'un enfant; et en s'attachant d'ailleurs à ce qui peut arriver, on ne voit pas pourquoi on s'arrêterait seulement au nombre de deux.

§ II.

De l'extranéité de l'héritier.

SOMMAIRE.

190. — Exposition.
191. — De la capacité des étrangers de succéder en France, d'après l'article 726 du Code.
192. — Suite. — Observation sur ce régime.
193. — L'article 726 a été abrogé par la loi du 14 juillet 1819. — Texte de cette loi. — Observation.
194. — D'après la loi du 14 juillet 1819, les étrangers peuvent succéder, en France, de la même manière que les Français, sans aucune condition de réciprocité.
195. — L'état de guerre a-t-il pour effet de modifier ou de suspendre la capacité de l'étranger de succéder en France?
196. — C'est conformément à la loi française que les étrangers sont admis à succéder en France. — Conséquences.
197. — Du prélèvement que les cohéritiers français, en concours avec les cohéritiers étrangers, ont droit d'exercer sur les biens situés en France. — Division.
198. — A. Dans quels cas y a-t-il lieu au prélèvement autorisé par l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819? — Distinctions.
199. — 1° N'y a-t-il lieu au prélèvement qu'autant que les Français sont exclus par la loi étrangère, en leur qualité même de Français ?— *Quid*, si la cause d'exclusion, qui les atteint, était applicable aux étrangers eux-mêmes d'après leur propre législation?
200. — *Quid*, si l'exclusion totale ou partielle des cohéritiers français provient, non pas directement de la loi ou de la coutume locale, mais d'une disposition à titre gratuit faite par le *de cujus?*
201. — *Quid*, si les cohéritiers français étaient empêchés d'exporter les biens par eux recueillis en pays étranger ?
202. — *Quid*, si les cohéritiers étrangers appartenaient à une nation qui aurait stipulé antérieurement, avec la France, la successibilité réciproque, selon les lois respectives de chaque pays ?

203. — 2° Y aurait-il lieu a un prélèvement, si tous les cohéritiers étaient étrangers?
203 *bis*. — *Quid*, en sens inverse, si tous les cohéritiers sont Français?
204. — 3° Reste à savoir dans quels cas, à raison de la nature des biens dont se compose la succession, il y a lieu au prélèvement autorisé par l'article 2 de la loi de 1819. — Distinctions.
205. — Du cas où la succession n'est composée que de biens immeubles.
206. — Du cas où la succession n'est composée que de biens meubles.
207. — Suite. — *Quid*, si la succession comprend des meubles incorporels, c'est-à-dire des créances, etc.?
208. — Du cas où la succession est composée tout à la fois de meubles et d'immeubles.
209. — B. Comment et de quelle manière s'exerce le prélèvement autorisé par la loi du 14 juillet 1819?
210. — *Quid*, si l'exclusion que les cohéritiers français subissent en pays étranger, provient d'une libéralité faite seulement au profit de l'un des cohéritiers étrangers et point des autres?
211. — *Quid*, si les biens situés en France ne suffisent pas pour compenser la valeur des biens situés en pays étranger; ou même s'il n'y a aucun bien en France?
212. — La loi du 14 juillet 1819 a été étendue aux colonies par une ordonnance du 21 novembre 1821.

190. — Nous avons exposé ailleurs la thèse générale, qui consiste à savoir quelle est, sous le rapport de la jouissance des droits civils, la condition des étrangers en France; et il ne s'agit point, en ce moment, de la reprendre (*voy.* notre t. I, n°s 239 et suiv.).

Nous avons seulement à nous attacher ici, d'une manière plus spéciale, à un côté très-important, il est vrai, de cette question, c'est-à-dire à ce qui concerne le droit, pour les étrangers, de succéder en France.

191. — L'article 726 du Code Napoléon était, à cet égard, ainsi conçu :

« Un étranger n'est admis à succéder aux biens que son « parent, étranger ou Français, possède dans le territoire « de l'Empire, que dans les cas et de la manière dont un « Français succède à son parent possédant des biens dans « le pays de cet étranger, conformément aux dispositions « de l'article 11, au titre *de la Jouissance et de la priva-* « *tion des droits civils.* »

De là il résulte que deux conditions étaient nécessaires

pour qu'un étranger, sous l'empire de cet article, pût recueillir une succession en France :

1° Il fallait qu'il existât, entre la France et la nation à laquelle l'étranger appartenait, un traité qui établît la réciprocité du droit de succéder entre les membres des deux États ;

2° Il fallait d'une part que l'étranger fût capable de recueillir, d'après la loi française, la succession dont il s'agissait; et d'autre part, qu'un Français fût capable réciproquement de recueillir, d'après la loi étrangère, cette succession dans le pays auquel l'étranger appartenait.

A. Et d'abord, disons-nous, l'étranger n'avait le droit de succéder en France qu'autant qu'il existait, à cet égard, un traité qui assurait aux Français le droit de succéder dans le pays de cet étranger. C'était la *réciprocité diplomatique*, dont l'article 11 avait consacré le principe, et que l'article 726 ne faisait qu'appliquer au droit de succession.

B. En second lieu, et en outre de l'existence d'une convention internationale, deux autres conditions étaient encore requises :

1° L'étranger devait être, bien entendu, capable et appelé, d'après la loi française, pour recueillir la succession dont il s'agissait; car l'article 726 ne lui accordait certainement pas le droit de recueillir en France une succession, à laquelle un Français, placé dans les mêmes conditions que lui, n'aurait pas été appelé. La succession en France, alors même qu'elle était déférée à un étranger, était évidemment toujours régie par la loi française; et c'était dès lors d'après la loi française que devaient être réglées la capacité et la vocation de tout héritier, étranger ou Français (*infra*, n° 196).

2° L'article 726 voulait que l'étranger ne succédât aux biens que son parent, étranger ou Français, possédait dans le territoire de l'Empire, *que dans le cas et de la manière dont un Français succède à son parent possédant des biens dans le pays de cet étranger;* c'est-à-dire qu'en outre de la

réciprocité diplomatique de nation à nation, il exigeait la réciprocité légale de personne à personne, de cohéritier à cohéritier (arg. de l'article 912); de telle sorte que, ainsi que le texte d'ailleurs s'en expliquait, un étranger ne succédait en France que *dans le cas* où un Français, placé dans les mêmes conditions, aurait succédé dans le pays de cet étranger, et *de la même manière*, en ce sens que l'étranger n'avait droit, en France, qu'à la même quotité de biens, et qu'aux biens de même origine ou de même nature, meubles ou immeubles, auxquels un Français aurait eu droit dans le pays de l'étranger, d'après la loi de ce pays (comp. Cass., 24 août 1808, Hussemann, *J. du Pal.*, t. XXIII, p. 49; Cass., 1er févr. 1813, Tarchine, Sirey, 1813, I, 113; Douai, 1er mai 1819, Rohan, Sirey, 1820, II, 171; Cass., 9 févr. 1831, Raggio, D., 1831, I, 415; Merlin, *Rép.*, v° *Success.*, sect. I, § 2, art. 2; Toullier, t. II, n° 102; Duranton, t. VI, n° 82; Demangeat, *de la Condit. civile des étrangers*, p. 286).

Cette dernière condition de réciprocité, celle de *cohéritier à cohéritier*, n'était-elle requise que dans les cas où, en fait, le *de cujus* possédait effectivement des biens en pays étranger et en France?

Il est permis de douter que l'article 726, dans la généralité de ses termes, eût subordonné la capacité de l'étranger à cette circonstance de fait; et l'on aurait pu soutenir, suivant nous, que l'étranger ne pouvait pas succéder aux biens situés en France, lors même que le *de cujus* n'aurait pas laissé de biens en pays étranger, si, dans la supposition où il en aurait laissé, un Français n'aurait pas pu les recueillir (comp. Toullier, Duranton, *loc. supra cit.*; Rossi, *Encycl. du droit*, v° *Aubaine*, n° 15).

Nous devons dire, toutefois, que la Cour de cassation a consacré une doctrine contraire (31 déc. 1850, Marinetti, Dev., 1851, I, 26).

192. — L'article 726 était, comme on a pu le voir par la rapide esquisse que nous venons d'en faire, d'une in-

terprétation difficile; et il pouvait donner lieu, dans la pratique, à d'assez graves complications.

Il faut ajouter que le principe de la réciprocité qu'il avait admis, paraissait fort sévère, et que l'on a pu dire qu'il était, dans certains cas, plus dur que l'ancien droit d'aubaine, tel qu'il était appliqué avant la Révolution. Le droit d'aubaine, par exemple, qui s'était beaucoup adouci dès avant 1789, permettait aux enfants légitimes, quoique étrangers, de succéder en France, à l'exclusion du fisc; tandis que le système de réciprocité n'admettait pas même cette exception. Et on ne saurait nier qu'il y avait une véritable contradiction et une sorte d'ironie à déclarer d'une part que les étrangers étaient capables de *transmettre,* et d'autre part qu'ils étaient incapables de *succéder;* car le plus souvent la succession de l'étranger en France était dévolue à ses parents étrangers comme lui; et la capacité de transmettre dans la personne du *de cujus* ne préservait pas sa succession de la déshérence, si ce n'est dans le cas le plus rare, où il laissait des parents français; et à défaut de parents français, elle était dévolue à l'État (art. 768). Ce n'était point là, il est vrai, l'ancien droit d'aubaine, et la confiscation n'était pas directe; mais n'y avait-il pas, dans ce système de *déshérence* si largement appliqué, quelque chose qui se rapprochait de la *confiscation* indirecte (*supra,* n° 166 *quater*). Les produits de cette déshérence étaient d'ailleurs peu importants; et la raison en était simple : c'est que les étrangers évitaient d'acquérir des biens en France, sous un régime qui ne leur permettait pas d'en disposer, et qui, à leur mort, n'admettait pas leurs parents à les recueillir. Aussi arrivait-il, au grand détriment de l'intérêt national du pays, que les étrangers portaient ailleurs leur industrie et leurs capitaux.

193. — Tels furent surtout les motifs qui portèrent le législateur à abroger les articles 726 et 912 du Code Napoléon.

La loi du 14 juillet 1819, qui prononce cette abrogation et qui forme notre droit actuel, est composée de deux articles ainsi conçus :

Article 1. « Les articles 726 et 912 du Code Napoléon « sont abrogés ; en conséquence, les étrangers auront le « droit de succéder, de disposer et de recevoir de la même « manière que les Français dans toute l'étendue de l'Em« pire. »

Article 2. « Dans le cas de partage d'une même suc« cession entre des cohéritiers étrangers et français, « ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France, une « portion égale à la valeur des biens situés en pays étran« ger, dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, « en vertu des lois ou coutumes locales. »

Ces dispositions sont intitulées : *Loi relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction;* mais il est clair que ce titre manque d'exactitude; la loi du 14 juillet 1819 n'a pas pu abolir le *droit d'aubaine et de détraction*, par le motif bien simple que la loi des 16-18 août 1790, qui en avait prononcé l'abrogation, n'avait jamais été rapportée ni par l'article 726, ni par aucun autre texte (*supra*, n° 766; *voy.* notre t. I, n° 244; comp. toutefois Demangeat, *de la Condit. civ. des étrangers*, p. 280).

Ce que les articles 726 et 912 avaient abrogé, c'était la loi des 8-15 avril 1791 (art. 3), qui rendait *les étrangers capables de recueillir en France les successions de leurs parents, même français, de recevoir et de disposer par tous les moyens qui seront autorisés par la loi;* et c'est au régime établi par cette dernière loi, que la loi du 14 juillet 1819 nous a ramenés, non point par les considérations de philanthropie et de fraternité universelle, qui avaient déterminé le législateur de 1791, mais par des motifs d'économie politique et *par calcul*, a dit le ministre de la justice dans l'exposé des motifs de la loi de 1819 (Locré, *Législ. civ.*, t. X, p. 501).

194. — En conséqueuce, la loi du 14 juillet 1819 dispose (art. 1er) que :

« Les étrangers auront le droit de succéder.... en France, « de la même manière que les Français, dans toute l'é- « tendue de l'Empire. »

Rien de plus général ni de plus absolu.

La capacité de l'étranger de succéder, en France, n'est donc désormais subordonnée à aucune condition de réciprocité, ni d'État à État, en vertu d'un traité diplomatique; ni de personne à personne, en vertu des lois étrangères.

C'est la loi française elle-même, et toute seule, qui, dans tous les cas, appelle l'étranger à la succession.

195. — Et dès lors, l'état de guerre n'apporte certainement aucun changement ni aucune interruption dans cette capacité de l'étranger, qui, étant établie par la loi, dépend beaucoup moins de l'état des relations internationales que celle qui ne dériverait que d'un traité (comp. Cass., 3 vendémiaire an IX, Fassi, Sirey, 2, I, 75; Rossi, *Encycl. du Droit*, v° *Aubaine*, n° 18; Demangeat, *de la Condit. civ. des étrangers*, p. 283, 284).

196. — Ce n'est d'ailleurs, bien entendu, que conformément à la loi française que les étrangers succèdent en France; la raison même l'exige ainsi, puisqu'il est évidemment impossible qu'une succession ouverte en France soit régie par une autre loi que la loi française; et voilà bien ce qui résulte de notre article 1er, d'après lequel les étrangers succèdent *de la même manière que les Français.* Le législateur de 1819 n'a pas, en effet, créé au profit des étrangers une capacité spéciale et exceptionnelle; il a voulu seulement les traiter, en matière de succession, comme les Français, ni plus ni moins.

Et de là deux conséquences :

D'une part, l'étranger ne succède pas en France, lors même qu'il ne pourrait pas succéder, d'après la loi de son pays; et il succède, d'après la loi française, sans aucune

distinction, par conséquent, de sexe ni de primogéniture, ni de l'origine ou de la nature des biens (art. 731, 732, 745);

D'autre part, l'étranger ne succède pas en France, lors même qu'il pourrait succéder d'après la loi de son pays; et, par exemple, le père étranger, héritier de son fils, dont la succession s'est ouverte en France, n'exclurait pas l'aïeul maternel du défunt (art. 733, 746), lors même que, d'après la loi du pays, auquel il appartient, le père serait le seul héritier de son enfant, à l'exclusion de l'aïeul maternel (comp. Cass., 21 juill. 1851, Gurcel, Dev., 1851, I, 685; *supra*, n° 191).

197. — Toutefois, cette admission des étrangers au droit de succéder en France, sans aucune condition de réciprocité, pouvant tourner, dans plus d'une occasion, au détriment des Français, le législateur de 1819 a voulu, autant qu'il dépendait de lui, rétablir l'égalité entre les uns et les autres, quand elle serait détruite par la différence qui existerait entre la loi française et la loi étrangère.

Tel est le but de l'article 2 de notre loi et du prélèvement qu'il autorise en faveur des cohéritiers français, lorsque, par suite des alliances entre des familles françaises et des familles étrangères, ou par l'effet des naturalisations, ils se trouvent en concurrence avec des cohéritiers étrangers.

Ce système de prélèvement peut soulever des difficultés assez graves; et il importe de s'en rendre exactement compte.

C'est ce que nous allons entreprendre, en examinant les deux points que voici :

A. Dans quels cas il y a lieu de l'exercer;

B. Comment et de quelle manière il s'exerce.

198. — A. Nous demandons d'abord dans quels cas il y a lieu au prélèvement autorisé par l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819.

Afin de répondre à cette question, il convient de s'arrêter successivement :

1° Aux causes en vertu desquelles les cohéritiers français seraient exclus par la loi étrangère, des biens situés à l'étranger ;

2° A la qualité des héritiers appelés à la succession ;

3° A la nature des biens, qui composent la succession, soit en pays étranger, soit en France.

199. — 1° Et d'abord, point de doute que l'article 2 de notre loi ne soit applicable, lorsque les héritiers francais sont exclus, en leur qualité même de Français, par la loi étrangère.

Mais que décider, lorsque l'exclusion totale ou partielle qui atteint les Français, est applicable aux étrangers eux-mêmes d'après leur propre législation ; en d'autres termes, lorsqu'elle a pour cause, non pas l'extranéité, mais le sexe, l'âge ou le degré de parenté, parce que la loi étrangère, par exemple, appellerait l'aîné ou le fils à l'exclusion du puîné ou de la fille, ou qu'elle distribuerait la succession d'une tout autre manière, qui ne serait pas conforme à la loi française ?

On pourrait soutenir, en cas pareil, que les cohéritiers français n'ont droit à aucun prélèvement sur les biens situés en France : la loi du 14 juillet 1819, dirait-on, abrogeant l'article 726 du Code Napoléon, admet l'étranger à succéder en France, lors même que le Français ne serait pas admis à succéder dans le pays de l'étranger ; elle abroge, en un mot, le système de la réciprocité ; et, prévoyant les conséquences de l'hypothèse où elle se place, à savoir, de celle où un étranger succédera en France, sans que réciproquement un Français succède dans le pays de cet étranger, elle autorise, pour ce cas, un prélèvement au profit du Français. Tel est le but défini et déterminé de l'article 2. Donc, si le Français est admis à succéder dans le pays de l'étranger, l'article 2 n'est pas applicable. Le Francais ne peut alors succéder que d'a-

près la loi étrangère elle-même, qui l'admet; et c'est ainsi qu'autrefois on succédait en France, dans les différentes provinces, suivant la législation particulière de chacune d'elles, sans que, malgré les diversités si grandes de ces nombreuses législations, l'une d'elles ait jamais entrepris de réparer, sur les biens situés dans son ressort, les inégalités ou les exclusions que les héritiers qu'elle appelait, avaient pu subir dans le ressort des autres coutumes.

Ces motifs ne manquent pas d'importance; et nous en avions été d'abord très-touché (*voy.* notre t. I, n° 93); mais nous croyons finalement que la doctrine contraire est la meilleure, et que le prélèvement devrait avoir lieu, dans ce cas même, au profit des cohéritiers français :

1° Parce que les termes de l'article 2 sont aussi généraux que possible, et qu'ils autorisent, en effet, le prélèvement, quelle que soit la cause de l'exclusion totale ou partielle : *à quelque titre que ce soit, en vertu des lois ou coutumes locales;*

2° Parce que cette intention de la loi fut déclarée dans l'exposé des motifs présentés à la Chambre des Pairs en 1819 par le garde des sceaux, qui, rappelant précisément les inégalités qui résultaient de la diversité de nos anciennes coutumes, fit remarquer que si l'on n'avait pas songé à y obvier, c'est parce qu'*un Français gagnait ce que l'autre perdait*, tandis qu'*on ne peut pas avoir la même indifférence pour les avantages d'un étranger sur un Français* (Locré, *Législ. civ.*, t. X, p. 503);

3° Enfin, parce que cette solution, après tout, n'a rien d'excessif, et que le législateur français, qui aurait pu exclure tout à fait les étrangers, a pu *a fortiori* ne les rappeler que sous les conditions qui lui ont paru équitables dans l'intérêt des Français (comp. Duranton, t. VI, n° 83; Rossi, *Encycl. du Droit*, v° *Aubaine*, n°s 18, 19; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 420; Demante,

t. III, n° 33 *bis*, 11 ; Rodière, *Revue de législ.*, de M. Wolowski, t. I, de 1850, p. 192).

200. — Notre article 2 sera-t-il applicable, si l'exclusion totale ou partielle du cohéritier français des biens situés en pays étranger, provient non pas directement de la loi ou de la coutume locale, mais d'une disposition à titre gratuit faite par le *de cujus ?*

La libéralité peut avoir été faite :

Soit au profit d'un cohéritier étranger;

Soit au profit d'un cohéritier français.

A. Dans le premier cas, c'est-à-dire si c'est un cohéritier étranger qui est avantagé, de deux choses l'une :

Ou la disposition est valable tout à la fois d'après la loi étrangère et d'après la loi française, qui se trouvent conformes, en ce point, l'une à l'autre; et alors, nous croyons qu'il n'y a lieu à aucun prélèvement dans l'intérêt du cohéritier français; car ce n'est pas plus en vertu de la loi étrangère que de la loi française que l'étranger se trouve alors avantagé ; et l'inégalité qui en résulte au profit de celui-ci, ne provient pas de son extranéité (comp. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 241);

Ou la disposition est valable d'après la loi étrangère, mais nulle d'après la loi française; et, dans ce cas, il nous semble que le prélèvement pourrait être exercé par le cohéritier français sur les biens situés en France. En vain, l'on objecterait que l'inégalité procède alors non point *de la loi ou de la coutume locale*, mais de la volonté du défunt; car c'est *la loi ou la coutume locale*, qui consacre cette volonté. Et puis, est-ce que l'article 2 n'autorise pas le prélèvement au profit du Français, lorsqu'il est exclu à *quelque titre que ce soit?* Cette solution paraît donc conforme au but essentiel de la loi de 1819, qui se propose d'établir, entre les étrangers et les Français, le même traitement d'égalité, et qui, si elle ne veut désormais aucun privilége résultant contre l'étranger de la loi française, ne veut pas davantage de privilége résul-

tant contre le Français de la loi étrangère. « Pour réparer une injustice, disait M. le baron Pasquier, rapporteur du projet de loi, il faut se garder d'en commettre une autre. »

Et le garde des sceaux, dans l'exposé des motifs, a déclaré plus positivement encore qu'il est indifférent que l'*exclusion des cohéritiers français provienne du fait seul de la loi*, *ou qu'elle résulte d'une disposition de l'homme autorisée par la loi* (comp. Cass., 29 déc. 1856, Gomez, Dev., 1857, I, 257; Locré, *Législ. civ.*, t. X, p. 503, 504 et 572; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 102, note *a;* Rossi, *Encycl.*, v° *Aubaine*, n° 20).

B. Dans le second cas, c'est-à-dire si c'est au profit d'un cohéritier français que la disposition a été faite, il n'y aura évidemment pas de difficulté possible, lorsque la loi française et la loi étrangère seront d'accord soit pour annuler, soit pour valider cette disposition ; et il est manifeste qu'il n'y aura pas plus lieu à prélèvement dans le cas de validité que dans le cas de nullité.

Mais que décider, si la disposition qui serait nulle d'après la loi étrangère, est valable d'après la loi française?

M. Rossi a pensé qu'il serait, dans ce cas, conforme à l'esprit et au vœu de la loi, d'appliquer l'article 2, afin d'exécuter, autant que possible, la volonté du disposant; car le vœu du législateur est que « le Français obtienne « sur les biens situés en France tout ce que l'étranger « obtiendrait, s'il faisait valoir, en France, ses droits « d'héritier ou de légataire. » (*Loc. supra cit.*, n° 20.)

Cette dernière proposition est-elle bien exacte? Ce que la loi de 1819 se propose, ce n'est pas précisément d'établir, au profit du Français, sur les biens situés en pays étranger, les mêmes droits que l'étranger obtiendrait, comme héritier ou comme légataire, sur les biens situés en France; tel n'est pas, nous le croyons, son système de réciprocité; ce qu'elle veut empêcher seulement, c'est

que l'étranger obtienne, en vertu de sa loi nationale, sur les biens situés dans son pays, une part privilégiée au préjudice du Français; or, dans notre hypothèse, l'étranger n'obtient rien; donc il n'y a aucune inégalité à réparer dans l'intérêt du Français. Il est vrai que le Français n'obtient pas non plus de préférence sur les biens situés en pays étranger; mais la loi française n'a pas entendu lui garantir, en effet, cette préférence, malgré la loi étrangère, au préjudice de l'étranger (comp. Grenoble, 25 août 1848, Chanten, Dev., 1849, II, 257; Cass., 27 août 1850, mêmes parties, Dev., 1850, I, 647; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 241).

201. — Ce qui est d'ailleurs certain, c'est que l'article 2 de notre loi ne serait pas applicable, dans le cas où les héritiers français, admis à succéder, d'après la loi étrangère, aux mêmes conditions que les héritiers étrangers, seraient seulement empêchés d'exporter les biens du pays où ils sont situés; car il n'y aurait là aucune exclusion, ni totale, ni partielle; et on ne trouverait dès lors aucune base ni aucune mesure pour l'exercice d'un prélèvement quelconque (Rossi, *Encycl.*, v° *Aubaine*, n° 20).

202. — Ajoutons que l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 ne serait pas non plus applicable, dans le cas où les cohéritiers étrangers appartiendraient à une nation qui aurait stipulé antérieurement, avec la France, la successibilité réciproque, selon les lois respectives de chaque pays.

Tel est le sentiment de M. Rossi; et nous croyons, avec l'éminent publiciste, que les traités, qui ne peuvent être, en effet, modifiés que d'un commun accord, subsisteraient, en cas pareil, tant qu'ils n'auraient pas été dénoncés (comp. *Encycl. du Droit*, v° *Aubaine*, n° 20).

203. — 2° En ce qui concerne la qualité des héritiers appelés à la succession, l'article 2 de la loi de 1819 pré-

voit le cas de partage d'une même succession *entre des cohéritiers français et étrangers.*

Mais il peut arriver que les cohéritiers soient ou tous étrangers ou tous français.

Y aurait-il lieu, dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, à l'exercice d'un prélèvement?

A. Supposons d'abord que tous les cohéritiers soient étrangers.

Le prélèvement autorisé par l'article 2 pourrait-il être alors exercé par les cohéritiers étrangers qui, appelés par la loi française, seraient au contraire exclus en tout ou en partie, par la loi étrangère, des biens situés dans leur pays?

Nous ne le pensons pas; non-seulement le texte manque, puisqu'il prévoit le concours de cohéritiers étrangers et français; mais la raison elle-même du texte n'existe pas non plus; car, si loi veut établir l'égalité, c'est dans l'intérêt des cohéritiers français; et elle n'a pas certes les mêmes motifs, pour vouloir que l'égalité règne entre les cohéritiers étrangers. « L'abolition du droit d'aubaine aura tout son effet, a dit le garde des sceaux en 1815, *chaque fois qu'il n'y aura que des héritiers étrangers.* » (Comp. Locré, *Législ. civ.*, t. X, p. 568; Rossi, *Encycl.*, v° *Aubaine*, n° 20; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 242; Duvergier sur Toullier, t. II, p. 102, note *a*.)

203 *bis.* — B. Soit maintenant l'hypothèse inverse : tous les cohéritiers sont français.

La loi étrangère, par exemple, admet les Français à succéder dans les mêmes conditions que les nationaux eux-mêmes; mais d'après l'ordre de transmission héréditaire par elle établi, tels parents qui sont appelés en vertu de la loi française sur les biens situés en France, sont, au contraire. en vertu de la loi étrangère sur les biens situés en pays étranger, exclus en tout ou en partie, par d'autres parents français.

Les parents français, ainsi exclus en pays étranger, par d'autres parents français, peuvent-ils exercer le prélèvement autorisé par l'article 2 !

Cette question est, suivant nous, fort délicate.

Pour la négative, on peut invoquer le texte et la raison de la loi de 1819 :

D'une part, en effet, le texte de l'article 2 ne s'applique qu'au cas de concours établi entre cohéritiers étrangers et français ;

D'autre part, le cohéritier français, avantagé par la loi étrangère, n'en a pas moins le droit d'invoquer, en France, la loi commune de tous les Français. Sa vocation héréditaire, à lui, en ce qui concerne les biens situés en France, est pure et simple; et on ne peut pas lui opposer, comme on le fait à l'héritier étranger, que la loi qui avait le droit de l'exclure, a pu ne l'admettre que sous la condition d'un prélèvement au profit des cohéritiers français ; car sa vocation héréditaire, en France, est indépendante de sa vocation héréditaire en pays étranger. On peut ajouter enfin que dans ce cas, ce qui est perdu par certains parents français, est gagné par d'autres parents français, et qu'il n'y a pas plus lieu, dès lors, d'entreprendre de rétablir l'égalité, que l'on n'entreprenait autrefois de le faire, lorsque des exclusions ou des inégalités semblables se produisaient, entre Français, par suite de la diversité des différentes législations coutumières (*supra*, n° 199; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 102, note *a*).

Pourtant, M. le baron Pasquier, rapporteur du projet de loi en 1819, déclara formellement que « lorsque les Français sont copropriétaires, par droit de succession, en France et à l'étranger, il est fait une masse de tout, et que le partage s'opère suivant les lois françaises. » (Locré, *Législ. civ.*, t. X, p. 572.) Ne faut-il pas dès lors, en conclure que les termes de l'article 2 sont seulement énonciatifs, et que si un étranger peut invoquer cette loi

toute d'égalité, *a fortiori* ce bénéfice doit-il appartenir à un Français? d'autant plus que le législateur français, ainsi que le remarque fort justement Demante, est toujours porté à favoriser la dévolution et le partage des successions dans l'ordre et dans les proportions qu'il a lui-même établis? (T. III, n° 33 *bis*, III; Bastia, 25 mars 1833, Palmiéri, D., 1834, II, 3; Toulouse, 7 déc. 1863, Mouret, Dev., 1864, 2, 241; et les *Observations* de l'arrêtiste, *h. l.*; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 42.)

204. — 3° Nous avons à voir maintenant dans quels cas, à raison de la nature des biens dont se compose la succession, il y a lieu à l'exercice du prélèvement autorisé par l'article 2.

L'application de ce système de prélèvement suppose évidemment que la même succession est régie en même temps par la loi étrangère et par la loi française; et par conséquent aussi, elle suppose que cette succession comprend tout à la fois des biens situés en pays étranger et en France.

Cela posé, la succession peut comprendre :

Soit des immeubles seulement;

Soit des meubles seulement;

Soit enfin des meubles et des immeubles.

205. — Si la succession n'est composée que de biens immeubles, l'article 2 est certainement applicable; et cela, sans aucune distinction, que le *de cujus* soit Français ou étranger, et quel que soit le lieu de l'ouverture de la succession (comp. art. 3; et notre t. I, n°s 90, 91; Cass., 9 juin 1852, Pautard, Dev., 1852, I, 733).

206. — Si la succession n'est composée que de biens meubles, l'application de l'article 2 paraîtra encore sans difficulté, lorsque le *de cujus* sera Français (art. 110); et le prélèvement aura lieu, dans ce cas, sur les meubles qui se trouveront en France, afin d'indemniser les héritiers français des exclusions ou des préférences, qu'ils subiraient sur les meubles qui se trouveraient en pays

étranger (comp. Duvergier sur Toullier, t. II, n° 102, note *a*).

Mais faudra-t-il adopter la même solution, si le *de cujus* est étranger?

Pour la négative, on objecte que les deux lois alors, la loi française et la loi étrangère, ne régissent pas cette succession, qui est, au contraire, exclusivement régie par la loi étrangère : car d'une part, dit-on, c'est la loi du domicile du défunt, qui est la règle de sa succession (arg. de l'article 110); et d'autre part, les meubles, quelque part qu'ils soient situés en fait, sont réputés, en droit, n'avoir d'autre situation que celle du domicile de celui auquel ils appartiennent.... *mobilia sequuntur personam*. Ces meubles, quoiqu'ils se trouvent en France, sont donc des valeurs étrangères, régies par le statut personnel du propriétaire, et dont la loi française n'a pas à régler la transmission. On ajoute que cette doctrine doit surtout être maintenue, en ce qui concerne les biens mobiliers laissés en France par l'étranger décédé à l'étranger et même en France, s'il n'y était que de passage; et que s'il y avait lieu de s'en départir, ce serait seulement à l'égard de l'étranger domicilié en France ou qui y aurait formé un établissement (comp. Grenoble, 25 août 1848, Charton, Dev., 1849, II, 257; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 102, note *a*; Rodière, *Revue de législat.*, t. I. de 1850, p. 181 et suiv.; Fœlix, *Droit internat.*, p. 155; Mailher de Chassat, *des statuts*, n° 63).

Cette solution ne serait pas la nôtre.

Nous remarquerons d'abord, avec Demante, que la maxime : *mobilia sequuntur personam*, ne faisait pas, dans notre ancienne jurisprudence, obstacle à l'application du droit d'aubaine sur les meubles laissés en France par un étranger; or l'application du système de prélèvement, que nous réclamons seulement aujourd'hui, bien loin d'être aussi excessif, se recommande, au contraire, par le plus respectable des caractères, celui de l'égalité et de

l'équité! Ce n'est pas que nous repoussions absolument, pour notre part, la doctrine d'après laquelle la succession mobilière de l'étranger en France serait régie par la loi étrangère : nous avons déjà dit, au contraire, que nous l'admettons chaque fois qu'aucun intérêt français n'en sera injustement blessé, et par exemple, lorsqu'il n'y aura que des cohéritiers étrangers (*voy.* notre t. I, n° 94; et ajout. Paris, 13 mars 1850, Brown-Lynch, Dev., 1851, II, 791). Mais aussi nous avons ajouté cette réserve, que l'application de la loi étrangère aux meubles de l'étranger en France, ne pourrait jamais devenir une cause de dommage contre les Français; et voilà, en conséquence, pourquoi nous décidons :

1° Que les cohéritiers français pourront réclamer l'application de la loi française aux meubles de l'étranger qui se trouvent en France sans être obligés de subir, sur ces meubles, les exclusions ou les inégalités, qui résulteraient contre eux de la loi étrangère ;

2° Que le prélèvement autorisé par l'article 2 de la loi de 1819 s'exercerait même sur les meubles, afin de les indemniser des exclusions ou des inégalités qu'ils subiraient sur les biens situés en pays étranger ; tel nous paraît être l'esprit évident de la loi du 14 juillet 1819, qui s'applique, dans les termes les plus généraux, à toutes les *successions* et à tous les *biens*, en considérant non pas leur situation de fait, mais leur situation légale, pour atteindre sûrement, dans tous les cas, le but équitable qu'elle se propose; et M. Rossi ajoute encore fort justement que s'il n'en était pas ainsi, le législateur n'aurait rien fait ; car qui ne sait que c'est principalement en biens meubles, en effets publics, en actions d'industrie, en marchandises, que les étrangers peuvent laisser, en mourant, une partie considérable de leur fortune en France (comp. Cass., 27 août, 1850, Chanten, Dev., 1850, I, 647; Cass., 21 mars 1855, Galitzin, Dev., 1855, I, 273; Cass., 20 déc. 1856, Gomez, Dev., 1857,

I, 257; Rossi, *Encycl. du Droit*, v° *Aubaine*, n° 19; Valette sur Proudhon, t. I, p. 99; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. III, n° 421; Demangeat, *de la condit. des étrangers*, p. 403; Demante, t. III, n° 23 *bis*, IV, Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 242).

207.— Ce que nous venons de dire prouve assez que, sous cette dénomination des biens meubles laissés par l'étranger en France, nous comprenons non pas seulement le mobilier corporel, mais encore le mobilier incorporel, les créances, les rentes, les actions, etc.

Cette doctrine ne peut souffrir aucune difficulté, en ce qui concerne les créances quelconques, dont le débiteur est Français, ou du moins domicilié en France; car les créances qui, par elles-mêmes, n'ont pas de situation matérielle, *quæ nullo continentur loco*, sont réputées, en droit, situées au lieu du domicile du débiteur, c'est-à-dire dans le lieu où le créancier doit venir, en général, chercher le payement, et dont la juridiction serait compétente en cas de poursuites judiciaires; toutes les créances dont le débiteur est Français, doivent être considérées comme des valeurs françaises, ou, en d'autres termes, comme des meubles situés en France (comp. notre t. IX, n°s 329 et suiv.; Demante, t. III, n° 37 *bis*, V).

Mais la Cour de cassation a encore été plus loin; et elle a décidé que le prélèvement autorisé par la loi du 14 juillet 1819 pouvait s'exercer même sur les valeurs payables en pays étranger, quand les titres de ces créances ont été laissés en France par le défunt (21 mars 1855, Galitzin, Dev., 1855, I, 373). On pourrait objecter que, d'après le principe même que nous venons de rappeler, ce sont là des valeurs étrangères; et la Cour de cassation elle-même a jugé que les valeurs, qui ont leur siége en pays étranger, parce que le débiteur est étranger, ne donnent lieu, en France, à aucun droit de mutation par décès (comp. Cass., 23 janv. l'Adm. de l'enregist., et 2 juill. 1849, mêmes parties, Dev., 1849, I, 193 et 640).

Mais il faut répondre que *la loi d'impôt est un statut réel, qui ne peut franchir la frontière pour atteindre à l'étranger, des sommes dues, en vertu des titres existant en France;* tandis que l'article 2 de la loi de 1810 ne renferme en réalité, aucune question de statut, ni réel ni personnel; son but essentiel est de rétablir, autant que possible, l'égalité dans le partage de la succession entre les cohéritiers français et les cohéritiers étrangers; et c'est se conformer à sa pensée que d'autoriser ce prélèvement équitable, même sur les valeurs étrangères dont le titre se trouve en France, et d'ordonner la remise de ce titre à l'héritier français, *pour le faire valoir ainsi qu'il avisera.*

208. — Reste l'hypothèse où la succession serait composée tout à la fois de meubles et d'immeubles situés en pays étranger et en France.

Mais au point où nous en sommes, cette hypothèse est déjà pour nous résolue par avance; il est clair que cette succession devra être considérée comme un seul tout, et que le prélèvement autorisé par l'article 2 de la loi de 1819 s'exercera sur les biens, meubles et immeubles, situés en France, afin d'indemniser les cohéritiers français des exclusions totales ou partielles qu'ils subiront sur les biens, meubles ou immeubles, situés en pays étranger (comp. Duvergier sur Toullier, t. II, p. 102, note *a*).

209. — B. Notre seconde question est de savoir comment et de quelle manière s'exerce le prélèvement autorisé par l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 (*supra*, n° 197).

Il faut d'abord déterminer l'étendue des prélèvements à exercer; et, à cet effet, on réunit fictivement en une seule masse tous les biens du défunt, tant ceux qui se trouvent en pays étranger que ceux qui se trouvent en France; tous ces biens forment, comme dit notre texte (art. 2), *une même succession*, dont le partage doit être fait entre les cohéritiers étrangers et français. C'est sur cette masse que l'on calcule les droits respectifs des héri-

tiers (comp. *le rapport de M. Boissy d'Anglas*, Locré, *Législ. civ.*, t. X, p. 526, 527; Cass., 16 févr. 1842, Bouffier, Dev., 1842, I, 714; Grenoble, 25 août 1848, Chanten, Dev., 1849, II, 257; Cass., 9 janv. 1856, Gomez, le *Droit* du 10 janv. 1856; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 102, note *a*).

Il est vrai que la Cour de cassation décide, en matière d'enregistrement, que lorsqu'une succession se compose de biens situés partie en pays étranger et partie en France, les biens de France doivent être considérés comme formant une succession à part; mais c'est là une matière spéciale; et cette exception ne doit être, en conséquence, admise que pour ce qui concerne les droits de mutation (comp. Cass., 29 août 1848, l'Adm. de l'enregist., 1848, I, 624, et les conclusions de M. l'avocat général Hello, à l'audience du 16 févr. 1842, Dev., 1842, I, 717).

210. — Lorsque l'exclusion, totale ou partielle, que le cohéritier français subit en pays étranger, provient d'une disposition faite par le *de cujus*, qui n'est pas valable en France, parce qu'elle attenterait, par exemple, à la réserve telle que nos lois l'ont fixée, il paraît juridique et équitable que le prélèvement ne s'opère, sur les biens situés en France, qu'aux dépens de la portion qui reviendrait, sur les biens de France, aux héritiers avantagés, qui seuls ont profité de cette exclusion; il ne se justifierait effectivement par aucune cause, en tant qu'on voudrait l'exercer sur la part des héritiers non avantagés (comp. Grenoble, 25 août 1848, Chanten, Dev., 1849, II, 257; Cass., 27 août 1850, mêmes parties, Dev., 1850, I, 647; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 242).

211. — M. Rossi a enseigné que, dans le cas où les biens situés en France ne suffiraient pas pour compenser la valeur des biens situés en pays étranger, dont le cohéritier français aurait été exclu, celui-ci aurait une action personnelle contre ses cohéritiers, sur les biens qu'ils posséderaient en France *ex alia causa*, pour obtenir ce

qui manquerait à son lot; et que même cette action devrait lui être accordée, *a fortiori*, lorsque faute de tout bien en France, il n'aurait pu rien obtenir (*Encyclop. du Droit*, v° *Aubaine*, n° 20).

Mais cette opinion nous paraît tout à fait inadmissible :

1° Parce que, d'après le texte même de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819, c'est sur les biens mêmes de la succession, *sur les biens situés en France*, que le prélèvement peut s'exercer, et que la loi accorde seulement ainsi aux cohéritiers français une part héréditaire plus forte sur ces biens, sans les constituer, en aucune façon, créanciers personnels de leurs cohéritiers;

2° Parce qu'en effet, ce système de prélèvement ne constitue qu'un règlement et un mode de partage de la succession elle-même, et que dès qu'il n'y a plus de biens en France, et *a fortiori* lorsqu'il n'y en a jamais eu, il n'existe en France, aucune succession à régler ni à partager.

212. — Remarquons, en terminant, que la loi du 14 juillet 1819 a été étendue aux colonies françaises par une ordonnance du 21 novembre 1821, sauf toutefois l'ancienne réserve d'un édit de juin 1783, d'après lequel les étrangers héritiers ne peuvent exporter des colonies les objets servant à l'exploitation des habitations et les esclaves de toute espèce de destination (comp. Legat, *Code des étrangers*, p. 21).

SECTION II.

QUELLES SONT LES CAUSES D'INDIGNITÉ?

SOMMAIRE.

213. — On reconnaissait autrefois, indépendamment des causes d'incapacité, des causes d'exclusion. — Lesquelles?
214. — Suite. — De l'exclusion qui résultait des renonciations à une succession future.
215. — De l'exclusion qui résultait de l'exhérédation.
215 *bis*. — Suite.
216. — Les principes, à cet égard, ont été complétement changés par le

Code Napoléon. — La seule cause d'exclusion qu'il admette, est l'indignité ; et cette indignité, c'est la loi elle-même qui la prononce.

217. — L'article 727 détermine limitativement les trois causes d'indignité, que le Code reconnaît.

218. — Suite. — Il n'est pas permis aujourd'hui d'en admettre d'autres.

219. — Les trois causes d'indignité admises par notre Code, présentent ce caractère commun qu'elles dérivent de faits, qui se rattachent plus ou moins directement à l'ouverture même de la succession.

220. — A. La première cause d'indignité consiste dans le fait d'avoir été condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt.

221. — *Quid*, si l'héritier a été condamné comme complice du meurtre ?

222. — La preuve de la culpabilité de l'héritier ne peut résulter que d'une condamnation prononcée contre lui.

223. — Suite. — Il s'agit d'une condamnation pénale.

224. — Peu importe que la condamnation soit contradictoire ou par contumace.

225. — De ce que la preuve de la culpabilité de l'héritier ne peut résulter que d'une condamnation pénale, il suit que cette cause d'indignité ne pourra pas se réaliser, lorsque la condamnation sera devenue impossible. — Exemples.

226. — Mais aussi, une fois que la condamnation a été prononcée, la cause d'indignité, qui s'est produite, ne peut être effacée ni par la prescription de la peine, ni par des lettres de grâce, ni par le pardon de la victime.

227. — Suite. — Est-ce à dire pourtant que le *de cujus* ne pourrait pas valablement disposer, par testament, de ses biens en partie ou même pour le tout, au profit de celui de ses héritiers qui se trouverait dans un cas d'indignité ?

228. — C'est l'homicide volontaire du défunt, ou, en d'autres termes, le meurtre ou la tentative de meurtre, qui constitue cette cause d'indignité.

229. — *Quid*, si l'héritier a donné la mort au défunt dans les cas prévus par les articles 64, 66, 327, 328 et 329 du Code pénal ?

230. — *Quid*, de l'homicide commis dans le cas prévu par l'article 319 du Code pénal ?

231. — *Quid*, de l'homicide commis par l'héritier sur la personne du défunt, dans le cas prévu par les articles 309 et 310 du même Code ?

232. — *Quid*, de l'homicide commis dans les cas prévus par les articles 321, 322, 324 et 325 du même Code ?

233. — *Quid*, si le jury a admis des circonstances atténuantes ?

234. — *Quid*, de la mort donnée en duel au défunt par l'héritier ?

235. — B. La seconde cause d'indignité consiste dans le fait d'avoir porté contre le défunt une accusation capitale jugée calomnieuse.

236. — Comment faut-il entendre ici ce mot : *accusation ?*

237. — Suite.

238. — Suite.

239. — Quel est le sens du mot *capitale ?*

240. — Il faut que la dénonciation ait été *calomnieuse*. — Observation.

241. — Suite. — Il faut que la dénonciation ait été jugée telle. — De quel jugement s'agit-il ?

242. — C'est sur la demande du *de cujus*, que généralement la dénonciation aura été jugée calomnieuse. — Pourrait-elle être jugée telle, sur la demande de ses héritiers ou sur les réquisitions d'office du ministère public?

243. — Cette cause d'indignité pourrait-elle être effacée par le pardon, que le défunt aurait accordé à son dénonciateur?

244. — C. La troisième cause d'indignité consiste dans le fait que l'héritier majeur, instruit du meurtre du défunt, ne l'aura pas dénoncé à la justice. — Exposition.

245. — L'héritier est tenu seulement de dénoncer le meurtre, mais non le meurtrier.

246. — Suite. — Il n'est pas tenu non plus de se porter partie civile.

247. — L'héritier serait-il tenu de dénoncer l'homicide commis sur la personne du défunt, si cet homicide n'avait pas été volontaire, s'il ne constituait pas un meurtre, ou si le meurtre était excusable?

248. — *Quid*, si l'héritier présomptif, connaissant le dessein homicide de l'assassin, l'a laissé s'accomplir, sans pourtant commettre aucun acte de complicité légale?

249. — L'héritier est-il tenu de dénoncer le meurtre, si le défunt a fait grâce à son meurtrier et s'il a défendu de le dénoncer?

250. — C'est aux magistrats qu'il appartient de décider, d'après les faits, si l'héritier a été instruit du meurtre du défunt.

251. — Dans quel délai l'héritier est-il tenu de dénoncer le meurtre du défunt?

252. — Suite. — L'héritier doit-il dénoncer le meurtre avant d'appréhender la succession?

253. — *Quid*, si l'héritier avait été prévenu soit par les poursuites du ministère public, soit par la dénonciation que ses cohéritiers ou des parents d'un degré plus éloigné, auraient portée avant lui?

254. — L'héritier est-il tenu de dénoncer le meurtre, lorsque déjà la justice en est instruite et que des poursuites sont commencées?

255. — Ce n'est d'ailleurs qu'à l'héritier que la loi impose le devoir de dénonciation. — Conséquences.

256. — Il faut aussi que l'héritier soit majeur.

257. — *Quid*, de l'héritier interdit ou placé dans un établissement d'aliénés, ou même seulement en état de démence?

258. — *Quid*, de l'héritier indigent?

259. — L'héritier qui était mineur ou interdit, à l'époque de l'ouverture de la succession, est-il tenu de dénoncer le meurtre, lorsqu'il est devenu majeur ou qu'il a été relevé de son interdiction?

260. — La loi ne pouvait pas contraindre l'héritier à dénoncer le meurtre, lorsque le meurtrier lui est attaché par certains liens de parenté ou d'alliance. — Article 728.

261. — Suite. — Les alliés en ligne collatérale sont-ils, dans l'article 728, assimilés aux alliés en ligne directe?

262. — L'article 728 ne s'applique qu'aux successions ab intestat. — Observation sur une opinion de Toullier.

263. — L'article 728 est applicable, lorsque le parent ou l'allié de l'héritier est seulement complice du meurtre du défunt.

264. — Lors même que le parent ou l'allié de l'héritier ne serait, en

213. — On reconnaissait autrefois, en matière de succession, indépendamment des causes d'incapacité, des causes d'exclusion.

Les principales de ces causes étaient :

1° L'exhérédation, c'est-à-dire l'acte par lequel le *de cujus* avait lui-même exclu de sa succession, pour un juste motif, l'un de ses parents;

2° L'indignité, c'est-à-dire l'exclusion que la loi prononçait contre l'héritier, à raison de ses torts contre le défunt;

3° La renonciation, qui avait été faite, du vivant du *de cujus*, à sa succession future (comp. Lebrun, liv. III, chap. VIII, sect. I; Pothier, *des Successions*, chap. I, sect. II, art. 4).

214. — De ces trois causes d'exclusion, notre Code n'en reconnaît qu'une seule, à savoir : l'indignité.

D'abord, quant aux renonciations aux successions futures, qui étaient, dans notre ancien droit, consenties dans les contrats de mariage par les filles au profit des mâles, afin de soutenir, par ce moyen, dit Pothier, la splendeur du nom, l'article 791 les abroge formellement en ces termes :

« On ne peut, même par contrat de mariage, renoncer « à la succession d'un homme vivant, ni aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession. » (Ajout. art. 1130 et 1600.)

215. — L'exhérédation proprement dite n'existe pas non plus aujourd'hui.

Chacun, sans doute, est libre de priver tel ou tel de ses héritiers présomptifs de ses droits successifs, dans la limite du disponible, en avantageant des étrangers ou les autres héritiers par préciput et hors part (art. 843, 919); mais ce n'est point là l'exhérédation, telle que notre ancien droit la reconnaissait; car le disposant, qui exclut l'un pour avantager l'autre, n'est tenu de rendre aucun motif de cette exclusion.

Une seule condition est alors tout à la fois suffisante et nécessaire :

D'une part, il suffit que l'exclusion des uns emporte l'institution, même seulement implicite, des autres (articles 967, 1002; comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. IV, n° 11 *bis*);

Et, d'autre part, il est nécessaire que le testament, qui renferme une exclusion renferme aussi une institution ou une disposition quelconque; et l'on devrait tenir pour nulle l'exhérédation directe et absolue, que le *de cujus* aurait faite de tous ses héritiers, sans disposer d'ailleurs au profit d'aucune autre personne!

Mais, dira-t-on, est-ce que l'État ne pourrait pas dans ce cas réclamer la succession?

Nullement!

De deux choses l'une, en effet :

Ou l'État se présenterait lui-même, comme héritier ou successeur irrégulier; et il serait comme tous les autres héritiers, atteint par cette exhérédation générale et absolue, si elle était valable;

Ou il se bornerait à réclamer les biens comme vacants et sans maître; et alors on lui répondrait que cette exhérédation est nulle, en tant que le *de cujus* aurait prétendu réduire sa succession à un état absolu, et en quelque sorte abstrait de simple deshérence! C'est la loi qui fait elle-même le règlement de sa succession ab intestat; il est vrai qu'il peut écarter ce règlement, en disposant lui-même de sa succession; mais au moins faut-il qu'il

en dispose (comp. Cass., 7 juin 1832, Loztbeck, D., 1832, I, 278; Bordeaux, 26 août 1850, Praisnaud, D., 1851, II, 31; Cass., 16 déc. 1862, Moussier, Dev., 1863, I, 202; Cass., 17 nov. 1863, Boudain, D., 1863, I, 441).

215 *bis.* — L'ancienne exhérédation d'ailleurs se confondait, à certains égards, avec l'indignité.

« Les mêmes causes, disait Pothier, pour lesquelles j'aurais pu être exhérédé par quelqu'un de mes parents, si elles fussent venues à sa connaissance, et qu'il eût eu le temps de faire cette exhérédation, me rendent indigne de sa succession, si elles ne sont pas venues à sa connaissance ou s'il n'a pas eu un temps suffisant. » (*Des Success.*, chap. I, art. 4, § 2.)

Les torts de l'héritier envers le défunt étaient la cause commune de l'exclusion, qui résultait de l'exhérédation et de l'indignité; seulement, cette exclusion, lorsqu'elle avait été prononcée par le *de cujus* lui-même, s'appelait *exhérédation;* et elle prenait, au contraire, plus spécialement le nom d'indignité, dans le cas où c'était la loi elle-même qui la prononçait, lorsque le defunt, comme dit Pothier, n'avait pas eu connaissance de la cause d'exclusion ou n'avait pas eu le temps de la prononcer.

Et cela prouve que l'indignité n'était alors, pour ainsi dire, qu'une interprétation de la volonté présumée du défunt, et ne constituait qu'une sorte d'exhérédation que le législateur supposait que le *de cujus* aurait lui-même prononcée, s'il en avait connu la cause et si le temps ne lui avait pas manqué.

216. — Ces principes ont été complétement changés par les rédacteurs de notre Code.

Nous n'avons plus l'exhérédation ; l'indignité seule est restée comme cause d'exclusion ; et cette indignité, c'est le législateur lui-même, et de sa souveraine autorité, qui la prononce ! Sans doute, on peut dire encore aujourd'hui qu'elle a pour cause, dans une certaine mesure,

l'intention présumée du *de cujus*, qui n'est pas réputé avoir voulu laisser sa succession à un parent coupable envers lui des torts les plus graves; mais l'indignité, dans notre Code, repose encore sur un autre motif plus élevé et plus exemplaire; et elle est aussi une satisfaction donnée à la morale et aux convenances publiques (*infra*, n° 226).

217. — L'article 727 est ainsi conçu :

« Sont indignes de succéder, et, comme tels, exclus « des successions :

« 1° Celui qui serait condamné pour avoir donné ou « tenté de donner la mort au défunt ;

« 2° Celui qui a porté contre le défunt une accusation « capitale jugée calomnieuse ;

« 3° L'héritier majeur qui, instruit du meurtre du dé- « funt, ne l'aura pas dénoncé à la justice. »

Ainsi, notre Code n'admet que trois causes d'indignité ; et il n'est pas douteux que cette énumération restreinte ne soit rigoureusement limitative.

Il n'en était pas ainsi dans notre ancien droit :

« Les causes, qui peuvent rendre un héritier indigne de la succession, disait Domat, sont indéfinies ; et le discernement de ce qui peut suffire ou ne pas suffire pour avoir cet effet, dépend de la qualité des faits et des circonstances. » (*Lois civ.*, part. II, liv. I, sect. III, n° 2).

On s'attachait, il est vrai, généralement, aux diverses causes d'exhérédation (au nombre de quatorze), énumérées par Justinien dans sa Novelle 115, chap. III. Mais les juges n'étaient pas tenus d'ailleurs de se renfermer dans ce cercle ; et la vérité est que les causes d'indignité étaient, à cette époque, tout à fait arbitraires.

C'est précisément afin de prévenir les dangers et les abus d'un tel régime, que les auteurs du Code Napoléon ont déterminé limitativement les causes, qui seules désormais pourraient faire déclarer l'héritier indigne.

218. — Aucune autre cause, quelle qu'en pût être la

gravité, ne saurait donc être admise; et lors même que l'héritier se serait rendu coupable, envers son auteur, des outrages les plus considérables; quelque dommage qu'il ait pu lui causer dans sa personne, dans son honneur ou dans sa fortune, eût-il contesté son état et sa légitimité, *si status ejus controversiam movit* (L. 9, § 2, ff. *de his quæ ut indig. aufer.*), si vives enfin que fussent leurs inimitiés réciproques, il n'y aurait pas lieu à indignité, si l'on ne se trouvait pas dans l'un des cas définis par l'article 727. C'est ainsi qu'il n'y aurait plus lieu aujourd'hui de déclarer indigne, ainsi qu'on le faisait autrefois, l'héritier qui aurait empêché le défunt de faire un testament, sauf, bien entendu, toute action en dommages-intérêts contre lui (comp. ff. *si quis aliquem test. prohib.;* Lebrun, livre III, chap. IX, n° 13; Merlin, *Rép.*, v° *Testament*, sect. IV).

Les causes qui peuvent rendre un héritier indigne de succéder, doivent être, dans le système de notre Code, bien plus graves que celles qui pourraient faire prononcer la révocation d'une donation entre-vifs ou d'un legs (comp. art. 727, 955, 1046). C'est que le législateur a considéré que le donataire ou le légataire, qui doivent la libéralité, dont ils ont été l'objet, à la seule volonté du disposant, à sa volonté libérale et bienfaisante, sont tenus plus rigoureusement envers lui à l'observation des devoirs de reconnaissance, que n'en est tenu envers l'auteur de la succession, l'héritier ab intestat qui est appelé directement par la loi elle-même. C'est peut-être aussi que le législateur aura pensé qu'il importait au bien général de l'État, que l'ordre des transmissions héréditaires qu'il a établi, fût interverti le moins possible. (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. V, n°s 267 et 268; voy. pourtant Lyon, 12 janv. 1864, Crepin, Dev., 1864, II, 28.)

219. — Il est remarquable que les trois causes d'indignité admises par notre Code, offrent également ce ca-

ractère commun qu'elles ont trait à l'ouverture même de la succession du *de cujus,* soit que les faits constitutifs de l'indignité aient eu ou aient pu avoir pour résultat de produire directement cette ouverture, comme dans les deux premiers cas de l'article 727, soit que du moins ils s'y rattachent indirectement, comme dans le troisième cas.

L'idée dominante du nouveau législateur a été évidemment de mettre, en quelque sorte, l'héritier en présence de la succession du *de cujus*, et de déduire uniquement, des faits mêmes relatifs à l'ouverture de cette succession, les seules causes qui pourraient l'en faire écarter (*infra*, n° 244).

220. — Puisque les causes d'indignité sont aujourd'hui si rigoureusement définies, il importe de préciser en quoi elles consistent et sous quelles conditions seulement elles peuvent se réaliser.

A. La première cause d'indignité, prononcée par l'article 727-1°, est le meurtre commis par l'héritier sur la personne du *de cujus* (art. 295, Code pén.); et la tentative de meurtre est assimilée au meurtre lui-même, lorsque d'ailleurs, d'après l'article 2 du Code pénal, elle a été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur.

> Ah! doit-on hériter de ceux qu'on assassine!

Cette première cause d'indignité est assurément la plus grave; elle est aussi celle qui se rapporte, de la façon la plus directe et la plus adéquate, au fait même de l'ouverture de la succession. Le législateur n'a pas voulu que cette succession devînt la récompense du crime qui l'a ouverte, ou qui a tenté de l'ouvrir; et il était impossible, en effet, d'admettre le meurtrier à recueillir les dépouilles de sa victime.

221. — Encore bien que l'article 727 ne mentionne que la tentative, il n'est pas douteux que la complicité de l'héritier dans le meurtre commis sur la personne du *de cujus*, ne doive être également assimilée au meurtre lui-même; car, aux termes de l'article 59 du Code pénal, les complices d'un crime seront punis de la même peine que les auteurs mêmes de ce crime, sauf les cas où la loi en aurait disposé autrement; on doit d'autant moins hésiter à reconnaître, dans la complicité, une cause d'indignité, que l'article 727-3° déclare indigne l'héritier, qui a seulement négligé de dénoncer le meurtre du défunt, sans avoir d'ailleurs aucunement aidé à le commettre; *a fortiori*, l'héritier complice, bien plus coupable, et que la loi criminelle assimile justement au meurtrier lui-même, doit-il encourir l'indignité! (comp. Lebrun, liv. III, chap. IX, n° 4; Toullier, t. II, n° 106; Duranton, t. VI, n° 89; Taulier, t. III, p. 128; Demante, t. III, n° 35 *bis*, V; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 423.)

222. — La preuve légale du meurtre, ou de la tentative, ou de la complicité de ce meurtre, ne peut toutefois résulter que d'une condamnation.

Tel est le texte formel de notre article 727, qui exige que l'héritier *ait été condamné pour* avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt.

Il n'en était pas ainsi autrefois; et cette condition n'est pas, même encore aujourd'hui, requise en matière de révocation, pour cause d'ingratitude, des donations entre-vifs ou des dispositions testamentaires (comp. art. 955 et 1046). Mais dans cette matière des successions, beaucoup plus usuelle et plus fréquente, le législateur a cru devoir préciser le plus possible non-seulement les causes et les caractères de l'indignité, mais encore le mode de preuve de l'existence de ces causes, afin de prévenir des procès déplorables, que la cupidité ou la haine auraient eu plus souvent l'occasion de susciter dans les familles.

223. — Le texte de l'article 727 prouve évidemment aussi qu'il s'agit d'une condamnation pénale, c'est-à-dire d'une condamnation qui prononce contre l'héritier, déclaré coupable par la Cour d'assises, la peine portée par les lois.

Nous examinerons plus bas de quelle manière l'indignité est encourue, si elle a lieu de plein droit ou s'il est nécessaire qu'elle soit prononcée au civil par un jugement spécial; mais, quelque parti que l'on prenne sur cette thèse, une proposition est, dès à présent, certaine, à savoir : que les tribunaux civils ne pourraient pas être saisis *a priori*, à l'effet de constater que l'héritier a donné ou tenté de donner la mort au défunt, pour déclarer en conséquence, uniquement à fins civiles et par forme de dommages-intérêts, son indignité de succéder. La cause efficiente de cette indignité ne peut, encore une fois, être prouvée que par une condamnation émanant de la justice répressive; et ce sont les mêmes motifs, qui ont porté le législateur à exiger qu'il y eût une condamnation, qui l'ont porté aussi à vouloir que cette condamnation fût pénale, parce qu'aucune autre, en effet, ne pourrait constater, avec plus de précision et de certitude, cette cause d'indignité.

224. — Peu importe d'ailleurs que la condamnation soit contradictoire ou par contumace.

Seulement, en cas de condamnation par contumace, l'effet sera subordonné à la cause; c'est-à-dire que l'exclusion résultant de l'indignité ne deviendra définitive qu'après l'expiration des vingt années, pendant lesquelles la représentation volontaire ou forcée du condamné ferait tomber l'arrêt de condamnation (comp. art, 2, 476, 635, 461, Code d'inst. crim.).

Et par conséquent, tout événement qui aurait pour résultat d'anéantir la condamnation, anéantirait aussi, du même coup, la cause d'indignité, qui en était la conséquence; de même qu'il ferait tomber, d'après la règle

générale, les condamnations civiles pour réparations et dommages-intérêts, que la condamnation par contumace aurait prononcées.

Cette proposition est évidente dans le cas où l'indignité aurait été prononcée, contre le contumace, par l'arrêt même de condamnation, sur la demande des autres héritiers, qui se seraient portés parties civiles.

Mais il faudrait même l'appliquer aussi dans le cas où l'indignité aurait été prononcée par les tribunaux civils, postérieurement à l'arrêt de condamnation par contumace; et nous croyons que l'exclusion prononcée au civil serait nécessairement aussi, dans ce cas, conditionnelle et subordonnée à l'effet que la loi elle-même attache à la condamnation pénale, qui seule peut servir de base à la décision civile (comp. Demante, t. III, n° 35 *bis*, II; Duranton, t. VI, n°s 99, 101; Taulier, t. III, p. 128; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 243).

225. — Puisqu'il est nécessaire que l'héritier ait été condamné, il s'ensuit que, toutes les fois que la condamnation sera devenue impossible, la cause de l'indignité ne pourra pas non plus se réaliser.

C'est ce qui arrivera :

1° Si l'action publique a été prescrite (art. 637 Code d'inst. crim.);

2° Si le coupable est mort avant ou même pendant les poursuites, mais avant le jugement (art. 2, même Code).

Dans ces deux cas, en effet, le crime ni la culpabilité de l'héritier n'ont été judiciairement constatés; peut-être, si les débats avaient eu lieu, cet héritier aurait-il réussi à obtenir un acquittement, ou du moins à ôter au fait sa qualification de crime et à le faire dégénérer en simple délit. Voilà ce que l'on peut dire d'abord en sa faveur; mais cette explication ne suffit pas; et il faut ajouter, d'une façon plus radicale, que l'indignité ne sera point

alors encourue, parce que la condition nécessaire sous laquelle seulement la loi l'a admise, ne peut plus se réaliser. Aussi, cette solution demeurerait-elle la même, dans le cas où le crime serait notoire et la culpabilité manifeste, dans le cas même où l'accusé viendrait à mourir d'apoplexie foudroyante, ou par un suicide (comme on l'a supposé), après la déclaration affirmative du jury, mais avant que l'arrêt de condamnation eût été prononcé par la Cour d'assises.

Il est vrai que, sur ce point, le droit romain et notre ancien droit français avaient adopté une décision toute contraire (comp. L. 9, ff. *de jure fisci;* Pothier, *des Success.*, chap. I, sect. II, art. 4, § 2).

Mais nous avons déjà remarqué combien les principes nouveaux, en cette matière, sont différents des principes anciens (comp. Merlin, *Rép.*, v° *Indignité*, n° 3; Chabot, sur l'article 727, n° 8; Toullier, t. II, n° 108; Duranton, t. VI, n° 97; Malpel, n°s 39 à 45; Vazeille, n° 9; Favart de Langlade, *Rép.*, v° *Indignité*, § 3; Demante, t. III, n° 35 *bis*, I).

226. — Mais aussi, une fois que la condamnation a été prononcée, la condition requise par la loi est accomplie; et la cause de l'indignité est réalisée, de telle sorte qu'elle ne pourrait plus être effacée :

Ni par la prescription de la peine, qui, très-différente de la prescription de l'action, n'empêche pas qu'il n'y ait eu condamnation et preuve dès lors légalement acquise de l'indignité (comp. *supra*, n° 225, et 635 Code d'inst. crim.);

Ni par les lettres de commutation de peine ou même de grâce entière accordées par l'Empereur; car la grâce qui fait remise de la peine, n'empêche pas que la condamnation n'ait eu lieu; nous savons d'ailleurs qu'elle est toujours accordée sous la réserve des droits acquis à des tiers; or, ici, les autres parents ont acquis le droit d'opposer à l'héritier condamné son indignité de succéder

(*voy.* notre tome I, n° 235; et Pothier, *Introd. au tit.* XVII *de la Cout. d'Orléans*, n° 14);

Ni enfin, par le pardon, même le plus formel et le plus complet, que le *de cujus* aurait accordé à son parent condamné, ou par la défense qu'il aurait faite à ses autres parents de poursuivre l'indignité; car il s'agit ici d'une succession légitime; c'est la loi qui prononce l'exclusion de l'héritier indigne; or, le pardon du *de cujus* ne peut pas faire que la vocation légale de son héritier ne soit détruite.

Il est vrai qu'autrefois le pardon, même seulement présumé du défunt, éteignait la cause de l'indignité; et on présumait le pardon, lorsqu'il s'était passé un temps considérable depuis l'offense commise, sans que le défunt eût lui-même exhérédé son parent (Lebrun, liv. III, chap. IX, n° 14; Pothier, *des Success.*, chap. I, sect. II, art. 4, § 2).

Mais précisément, c'est que, à cette époque, l'indignité n'était elle-même qu'une sorte d'exhérédation présumée, d'après la volonté probable du défunt (*supra*, n° 215); or, nous savons qu'elle a aujourd'hui un tout autre caractère et qu'elle est prononcée souverainement par la loi elle-même, au nom des convenances sociales et de la morale publique (comp. *supra*, n° 216; Delvincourt, tome II, page 25, note 3; Taulier, tome III, page 130).

Il est d'autant plus certain que l'indignité ne procède pas d'une simple présomption d'exhérédation, qu'elle s'applique même à ceux des héritiers envers lesquels l'exhérédation est impossible, aux réservataires comme aux non réservataires.

Ajoutons enfin que ce pardon ressemblerait à une sorte de pacte sur une succession non ouverte; nouvelle cause d'impuissance et d'inefficacité! (art. 791, 1130, 1600).

227. — Est-ce à dire pourtant que le *de cujus* ne

pourrait pas valablement disposer par testament d'une partie ou même de la totalité de ses biens (s'il n'avait pas d'héritiers réservataires) au profit de celui de ses héritiers qui se trouverait dans un cas d'indignité?

Nous ne croyons pas qu'il soit possible d'aller jusque-là.

Toutes personnes peuvent disposer et recevoir soit par donation entre-vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables (art. 902);

Or, aucune loi n'a déclaré incapable de recevoir soit par donation entre-vifs, soit même par testament, l'héritier qui pourrait être exclu, pour cause d'indignité, de la succession ab intestat du disposant;

Donc, cet héritier est, en effet, capable de recevoir une donation entre-vifs ou un legs de son auteur.

Ce que le législateur déclare seulement dans l'article 727, c'est qu'il ne veut pas, lui! en tant que le règlement de la succession lui appartient, y admettre l'héritier qui s'en est rendu indigne à ses yeux. Mais lorsque cette succession, au lieu d'être légitime, devient testamentaire, et que la vocation des ayants droit dérive non plus de la loi, mais de la volonté de l'homme, on ne trouve plus, dans la seule cause d'indignité de succéder ab intestat, une cause d'indignité de succéder comme légataire.

228. — Cette première cause d'indignité consiste, avons-nous dit, dans l'homicide volontaire commis par l'héritier sur la personne du défunt, ou, en d'autres termes, dans le crime de *meurtre* ou dans la tentative de ce crime (art. 295, Cod. pén.).

La preuve en résulte d'abord du texte même de notre article 727-1°, qui exige que l'héritier ait été condamné *pour* avoir donné la mort au défunt, ou pour avoir *tenté* de lui donner la mort; *tenté,* expression qui prouve évidemment qu'il faut qu'il y ait eu, dans l'auteur de l'homicide, *volonté* de donner la mort, puisqu'il ne saurait y

avoir de *tentative* d'homicide involontaire, et qui le prouve d'autant plus que les *tentatives* de délit ne sont pas, en général, punissables (*voy.* art. 2, Cod. pén.).

Il est clair, en outre, que ce que la loi veut atteindre et punir, ce n'est pas un accident ni un malheur, mais seulement une intention coupable.

Et de là résultent des conséquences importantes.

229. — Ainsi, il n'y aura pas lieu de déclarer indigne l'héritier qui aura donné la mort au défunt :

1° Lorsqu'il était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister ; comme s'il l'a tué dans un accès de folie furieuse (art. 64, Cod. pén.) ;

2° Lorsque l'homicide était ordonné par la loi et commandé par l'autorité légitime ; comme si l'héritier, soldat ou garde national, a tué son auteur combattant, dans quelques troubles civils, parmi les insurgés (art. 327, Cod. pén.) ;

3° Lorsque l'homicide était commandé par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui ; comme si l'héritier n'a fait que se défendre contre une agression qui mettait sa propre vie en péril, ou encore dans les deux cas prévus par l'article 329 du Code pénal (art. 328 du même Code) ;

4° Lorsque l'héritier, auteur de l'homicide, avait moins de seize ans et que l'on a décidé qu'il a agi sans discernement, lors même que, par mesure de précaution et de sûreté publique, il serait conduit dans une maison de correction pour y être élevé et détenu pendant tel nombre d'années que le jugement déterminerait (art. 66, Cod. pén.).

Dans ces différents cas, en effet, il n'y a ni crime ni délit ; l'accusé, si des poursuites ont été faites (ce qui s'applique surtout à la quatrième hypothèse ci-dessus), doit être acquitté ; et dès lors, comme il n'y a pas condamnation, il ne saurait y avoir indignité (comp. Pothier,

des Success., chap. I, sect. II, art. 4, § 2 ; Lebrun, liv. III, chap. IX, n° 2 ; Chabot sur l'article 727, n° 4 ; Vaseille, *id.*, n° 2 ; Toullier, t. II, n° 106 ; Duranton, t. VI, nos 90-92 ; Marcadé, art. 727, n° 62 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 423).

230. — 5° La même solution devrait encore être adoptée, et il n'y aurait pas lieu de déclarer indigne l'héritier, lors même qu'il aurait encouru une condamnation à raison de l'homicide commis par lui sur la personne du défunt, si c'était seulement par maladresse, imprudence, inattention, négligence, ou inobservation des règlements, qu'il eût commis involontairement cet homicide, ou qu'il en eût involontairement été la cause (art. 319, Cod. pén.).

Car, d'une part, il n'aurait pas été alors condamné *pour* avoir donné la mort au défunt, mais seulement (à une peine correctionnelle), *pour* avoir commis une imprudence ou une négligence.

Et, d'autre part, la volonté criminelle, qui fait seule la culpabilité morale et légale, n'existerait pas non plus. C'est un frère, par exemple, qui a tué son frère à la chasse par une imprudence ; n'est-il pas bien plus malheureux que coupable, ou plutôt n'est-ce pas uniquement un malheur qui presque toujours fera le deuil de toute sa vie, et auquel la loi n'aurait pas pu, sans injustice et sans inhumanité, infliger la peine de l'indignité ?

Il est vrai que, d'après la loi 3 au Digeste, *de his quæ ut indignis auferuntur*, celui-là était déclaré indigne de recueillir l'hérédité, qui avait été la cause ou l'occasion de la mort du *de cujus, per negligentiam et culpam suam*. Mais outre qu'il s'agissait, dans cette espèce, d'une hérédité, non pas légitime, mais testamentaire (*institutus*), il faut remarquer qu'en droit romain, le fisc profitant des biens qui étaient enlevés aux indignes, il était arrivé que l'on avait multiplié outre mesure, dans son intérêt, les

causes d'indignité en matière de succession testamentaire ou légitime.

Nos principes sont tout différents (comp. Merlin, *Rép.*, v° *Indignité*, n° 3; Chabot sur l'article 727, n° 4; Poujol sur l'article 727, n° 3; Duranton, t. VI, n° 94; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 169; Massé et Vergé, t. II, p. 243).

251. — 6° Bien plus! il faudrait encore suivre la même solution, et on ne devrait pas non plus déclarer indigne l'héritier qui aurait été condamné pour avoir volontairement porté au défunt des blessures ou des coups qui auraient occasionné la mort, mais sans intention de la donner; il n'y aurait pas lieu, disons-nous, de le déclarer indigne, quoique pourtant il pût encourir une condamnation très-sévère, comme celle des travaux forcés à temps, ou même des travaux forcés à perpétuité, s'il y avait eu préméditation ou guet-apens (art. 309, 310, Cod. pén.).

Il serait toujours vrai de dire, si coupable que fût cette fois l'héritier, qu'il aurait été condamné non point *pour* avoir donné la mort (puisqu'au contraire, il serait reconnu qu'il n'a pas eu l'intention de la donner), mais seulement pour avoir porté des coups ou fait des blessures; et dès lors, le texte de l'article 727, n° 1, ne lui serait pas applicable (comp. Duranton, t. VI, n° 106; Marcadé sur l'article 727, n° 62; Demante, t. III, n° 35 *bis*, III; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 423; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 243).

252. — 7° Faut-il aller jusqu'à dire qu'il n'y aurait pas lieu non plus à l'indignité dans le cas où l'héritier aurait été condamné comme coupable de meurtre sur la personne du défunt, mais d'un meurtre que la loi déclare excusable? (Comp. art, 321, 322, 324, 325, Cod. pén.).

Pour l'affirmative, on peut raisonner ainsi :

1° Ce n'est point à la lettre de la loi qu'il faut s'attacher, mais à son esprit évident et à sa pensée essentielle;

or, d'une part, l'héritier que la loi déclare indigne, c'est celui qui a été véritablement condamné comme le meurtrier du défunt, c'est-à-dire comme coupable d'un crime, et contre lequel la peine du crime des meurtriers a été effectivement prononcée; d'autre part, celui qui a donné la mort au défunt dans un cas d'excuse légale, n'est pas condamné comme meurtrier; il ne subit pas la peine d'un crime; et encore bien que, d'après la loi pénale, le fait soit qualifié de *meurtre*, parce qu'en effet la mort a été donnée volontairement, la vérité est qu'il n'est traité par elle que comme un simple délit, et qu'on n'y applique qu'une peine correctionnelle; donc, la loi civile n'a pas dû vouloir non plus traiter, à l'égal d'un crime, un fait que la loi pénale elle-même ne traite que comme un simple délit.

2° En morale d'ailleurs et en équité, la différence n'est-elle pas manifeste? Est-il possible d'assimiler le meurtrier ordinaire, qui a donné librement et volontairement la mort au défunt, à celui qui, par une provocation menaçante, ou par le plus sanglant outrage, a été poussé, entraîné, forcé même peut-être, à commettre le meurtre? Et concevrait-on, par exemple, qu'un mari fût déclaré indigne de la succession d'un collatéral, auquel il aurait donné la mort à l'instant même où il le surprenait en flagrant délit d'adultère avec sa femme dans la maison conjugale? une telle solution mettrait la loi dans une contradiction flagrante avec elle-même. Comment! celui-là même qui aurait été condamné aux travaux forcés à perpétuité pour avoir porté au défunt des coups qui auraient occasionné la mort sans intention de la donner, celui-là ne serait pas indigne! (*Supra*, n° 231.) Et on voudrait prononcer l'indignité contre l'héritier, bien plus malheureux, certes, que coupable, qui n'a frappé que dans l'égarement d'une fureur (bien légitime, assurément!) qui lui ôtait la liberté de ses actions, et que la loi elle-même *excuse*, en ne lui appliquant qu'une simple

peine correctionnelle! (Comp. Chabot et Belost-Jolimont sur l'article 727, n° 7; Duranton, t. VI, n° 95; Poujol sur l'article 727, n° 4; Taulier, t. III, p. 129; Marcadé, art. 727, n° 63; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 424; D., *Rec. alph.* (nouv. édit.), v° *Success.*, t. XLI, p. 194, n° 130.)

Ces motifs sont certainement fort graves : aussi, ont-ils fait hésiter Delvincourt, qui, sans adopter entièrement la conclusion qui précède, enseigne que, dans cette hypothèse, *les juges devraient se décider d'après les circonstances et la nature du fait sur lequel l'excuse est fondée* (t. II, p 25, note 3).

Mais cet amendement est impossible; car, précisément, notre Code a voulu éviter, en cette matière, toute incertitude et tout arbitraire de ce genre. De deux choses l'une : ou l'article 727-1° n'est pas applicable au meurtre déclaré excusable, et alors, les juges n'ont, en aucun cas, le pouvoir de l'y appliquer; ou, au contraire, cet article est applicable; et alors, les juges doivent aussi, dans tous les cas, nécessairement l'appliquer.

Et c'est, suivant nous, cette seconde partie de l'alternative qui est la seule vraie, soit d'après le texte de la loi, soit d'après la raison :

1° D'après le texte même de l'article 727-1°, est indigne de succéder celui qui a été condamné *pour* avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt;

Or, l'héritier, dans notre hypothèse, a été bien et dûment condamné *pour* avoir donné la mort au défunt; il est très-certain qu'il a voulu la lui donner, et qu'il a été condamné *pour* la lui avoir donnée;

Donc, il est, de tout point, dans les termes de l'article 727-1°; et on ne saurait l'affranchir de l'indignité, sans une violation du texte formel de la loi.

2° C'est précisément la volonté de donner la mort, que nous constatons ici, qui différencie cette hypothèse de toutes les autres hypothèses qui précèdent, et dans lesquelles

nous avons cru qu'il n'y a pas lieu à indignité (*supra*, nos 239 et suiv.). La loi pénale elle-même maintient toujours, en effet, quoi que l'on dise, cette différence; car si elle déclare le crime *excusable*, si elle *réduit* la peine (art. 325, Code pén.), elle ne lui laisse pas moins la qualification de crime de meurtre; *un crime excusable reste un crime,* dit fort bien M. Berthauld (*cours de Cod. pén.*, p. 387); et c'est pour meurtre, en effet, c'est *pour* avoir donné la mort au défunt, que l'héritier est alors condamné (*voy.* même, à cet égard, la loi pénale de 1791, IIe partie, tit. II, sect. I, art. 9, qui était encore en vigueur à l'époque de la promulgation du Code; ajout. Angers, 3 déc. 1849, Ricou, Dev., 1850, II, 290).

3° Et il ne nous paraît pas que cette rigueur soit excessive; nous comprenons bien comment on a cru devoir empêcher que la succession profitât précisément à celui-là même qui l'aurait ouverte, en donnant volontairement la mort au défunt, lors même que le *crime* aurait été commis par lui dans des circonstances qui le rendraient excusable. Cette idée est très-morale; et elle avait beaucoup frappé nos anciens auteurs; à ce point qu'à cette époque, où les causes d'indignité pourtant étaient si nombreuses et si arbitraires, plusieurs allaient jusques à penser qu'il convenait d'écarter de la succcession l'héritier qui, même dans un cas de légitime défense, avait donné la mort au défunt; et voici à cet égard ce que Lebrun écrivait : *on peut dire que, quelque nécessité qui puisse obliger quelqu'un de tremper ses mains dans le sang de ses proches, c'est toujours une cause légitime de le priver de la succession* (liv. III, chap. IX, n° 2). C'était là une exagération, sans doute, dont Pothier, d'ailleurs, s'était gardé (*des Success.*, chap. I, sect. II, § 2); et notre Code a su l'éviter aussi; mais il a conservé de cette pensée ce qu'elle a de vrai et de moral; et en l'appliquant au cas où c'est volontairement que l'héritier a donné la mort au défunt, il a fait acte de sagesse; car dès qu'il y a eu volonté, on peut craindre

que l'appât de la succession n'ait apparu au meurtrier dans l'accomplissement de son action, et n'ait porté sa vengeance à cette extrémité suprême, qu'elle n'aurait peut-être pas atteinte sans cette circonstance; de telle sorte que l'on peut encore conclure sur ce cas, avec Lebrun, *qu'il serait d'un mauvais exemple et d'une dangereuse conséquence de lui adjuger cette succession* (comp. Lebrun, *loc. supra cit.*, et aussi liv. I, chap. VII, n° 35; Merlin, *Rép.*, v° *Indignité*, n° 2; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Indignité*, § 3; Malpel, n° 42; Vazeille sur l'article 727, n° 3; Demante, t. III, n° 35 *bis*, IV; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 106, note 1; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 169; Massé et Vergé, t. II, p. 243).

233. — 8° Ce qui est incontestable, d'ailleurs, c'est que l'admission de circonstances atténuantes n'empêche pas qu'il n'y ait lieu de déclarer l'héritier indigne, lorsqu'il a été, en effet, condamné pour avoir commis sur la personne du défunt un meurtre ou une tentative de meurtre; les circonstances atténuantes ont bien pour résultat de faire diminuer la peine par une sorte d'indulgence; mais elles ne changent ni le caractère du crime, ni la cause de la condamnation (comp. art. 463, Code pén.; Duranton, t. VI, n° 96; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 35 *bis*, IV).

234. — 9° Quant à la mort donnée en duel par l'héritier au défunt, de deux choses l'une :

Ou l'héritier aura été condamné *pour* avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt, parce que le combat singulier ayant été reconnu déloyal, l'homicide aurait été qualifié et jugé comme un meurtre; et alors, il y aura lieu à indignité;

Ou au contraire, comme il arrive presque toujours, l'héritier aura été soit acquitté tout à fait, soit condamné seulement à une peine correctionnelle, pour avoir fait des blessures, etc.; et dans ce cas, il ne pourra pas être

déclaré indigne (comp. Duranton, t. VI, n° 96; Marcadé, art. 727, n° 64).

235. — B. La seconde cause d'indignité consiste dans le fait *d'avoir porté contre le défunt une accusation capitale jugée calomnieuse* (art. 727-2°).

Deux conditions sont donc requises, savoir :

1° Qu'il ait été porté contre le défunt une accusation capitale; c'est ce qui constitue la cause même de l'indignité;

2° Que cette accusation ait été jugée calomnieuse; c'est ce qui en constitue la preuve légale.

236. — 1° Il faut, dit notre texte, que l'héritier ait porté contre le défunt une *accusation*.

Mais c'est là un terme évidemment impropre; dans notre organisation actuelle, aucune *accusation*, proprement dite, n'est portée par les particuliers; et la mise en accusation d'un prévenu ne peut résulter que d'un arrêt de la Cour impériale, qui, sur les réquisitions du ministère public, le renvoie devant la Cour d'assises (art. 218, 221 et 231 Code d'inst. crim.; comp. aussi art. 182, qui n'accorde l'action directe aux particuliers qu'en matière correctionnelle).

Cette expression, toutefois, dans son impropriété même, révèle la pensée essentielle du législateur, qui a voulu que l'imputation calomnieuse, pour être une cause d'indignité, fût faite devant les magistrats chargés de l'exercice de l'action publique, et qu'elle ait eu ainsi directement pour but d'attirer sur le défunt une peine capitale.

D'où il suit que cette cause d'indignité se rencontrera dans toutes les imputations qui auront ce caractère, mais aussi seulement dans celles-là.

237. — En conséquence, d'une part, il faudra déclarer indigne l'héritier qui aura porté contre le défunt :

1° Une dénonciation proprement dite, dans les termes des articles 30 et 31 du Code d'instruction criminelle;

2° Une plainte; car la plainte n'est elle-même qu'une

dénonciation faite par la personne, qui se prétend lésée par un crime (art. 63 et 66, Code d'inst. crim.);

3° Ou même encore un faux témoignage en justice, dans une accusation capitale, qui était dirigée contre le défunt (art. 361 Code pén.; comp, Duranton, t. VI, n° 103; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 109. note 6; Chabot sur l'article 727, n° 12; Demante, t. III, n° 35 *bis*, VI).

238. — Mais, d'autre part, les imputations même les plus graves et les plus outrageantes, qui n'auraient pas été portées en justice au moyen d'une dénonciation, d'une plainte, ou d'un faux témoignage, ne seraient pas une cause d'indignité, lors même qu'elles auraient été faites par écrit, ou dans des lieux ou des réunions publics; car elles ne présenteraient pas cette condition que le législateur, précisément en se servant du mot *accusation*, a entendu exiger (comp. Malleville, sur l'article 727; Toullier, t. II, n° 109: Duranton, t. VI, n° 103).

239. — La loi veut que cette accusation (comme elle l'appelle) soit *capitale*.

Quel est le sens de ce mot?

D'après une première opinion, cette expression devrait s'entendre de toute accusation de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante, ou même seulement infamante. On invoque en ce sens (bien mal à propos, comme nous allons le voir) la signification du mot *capitalis*, chez les Romains; et on ajoute qu'il serait contraire à toutes les règles des convenances sociales et de la morale publique d'admettre à la succession celui qui aurait porté contre le défunt une accusation de nature à lui faire perdre son honneur; son honneur! ce bien plus cher et plus précieux pour l'honnête homme, que la vie elle-même! et qu'il y a là comme une tentative de meurtre moral, que le législateur a dû assimiler à une vraie tentative de meurtre! (Comp. Delvincourt, t. II, p. 25, note 5; Chabot, sur l'article 727, n° 13; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Indignité*, n° 6; Poujol, sur l'article 727, n° 8).

Cette doctrine est, à notre avis, tout à la fois contraire aux termes mêmes de l'article 727, non moins qu'à la théorie nouvelle de notre Code en matière d'indignité; et nous croyons pouvoir établir, d'après ces deux éléments d'interprétation, que le mot accusation *capitale* ne doit s'entendre que d'une accusation qui, si elle eût été prouvée, aurait pu attirer sur le défunt la peine de mort, et ouvrir par conséquent sa succession :

1° Une accusation *capitale* est celle qui met en danger la vie, la *tête* elle-même, *caput;* telle est l'acception usuelle et populaire du mot; et telle a été aussi, de tout temps, chez les Romains et chez nous, son acception scientifique. Les Romains distinguaient, en effet, deux sortes de *judicia : quædam capitalia quædam non capitalia;* et précisément, ils ne considéraient comme *capitales* que les peines *quæ ad capitis periculum pertinent ;* toutes les autres, qui n'avaient pas pour résultat de retrancher l'individu de la cité et de le faire, en conséquence, considérer comme *mort*, toutes les autres peines, dis-je, fussent-elles même perpétuelles, telles que la *relegatio in perpetuum*, étaient dites *non capitales ;* et pourquoi? *quia ad existimationem, non ad capitis periculum pertinent* (L. 2, ff. *de publ. jud.*; L. 28, Princ., et § 1, ff. *de pœnis*). Rien n'est plus positif; et telle est aussi la décision de la loi 103 au Digeste, *de verborum significatione;* qui, après avoir supposé que le mot *capitalis* pourrait présenter un sens plus étendu, n'en conclut pas moins formellement qu'il ne doit s'entendre que de la perte de la vie ou de la cité, c'est-à-dire finalement de la peine de mort, aux yeux de la loi civile.

C'est également dans cette acception que nos anciens auteurs français employaient le mot *capital* en matière de peine (comp. Nouveau Denizart, v° *Capital*, n° 7 ; Ferrière, *Dict. de droit*, v° *Peine capitale ;* Merlin, *Rép.*, v° *Peine*).

En présence de ces traditions, il ne saurait être douteux que telle est aussi la signification que notre article 727 a attachée à ce mot.

2° On doit d'autant plus le reconnaître ainsi, que cette signification correspond, de la manière la plus exacte, à la théorie nouvelle du Code Napoléon en cette matière. Nous avons déjà remarqué, en effet, que notre Code n'a admis, comme causes d'indignité, que les faits qui se rattachent à l'ouverture même de la succession (*supra*, n° 219); or, ce caractère manquerait tout à fait dans les différents actes auxquels la doctrine, que nous combattons, veut attacher l'indignité; il n'y aurait alors aucune espèce de relation entre le tort commis par l'héritier envers le défunt et le fait même de l'ouverture de la succession de celui-ci; donc, cette doctrine méconnaît la pensée essentielle du nouveau législateur.

2° Ajoutons enfin qu'elle offrirait, en outre, dans ses applications, des contradictions manifestes et de choquantes inconséquences. En considérant comme cause d'indignité toute accusation d'un fait de nature à entraîner la condamnation à une peine infamante, elle devrait évidemment attacher cet effet à toutes les peines infamantes, et rien qu'aux peines infamantes; or, d'après les classifications adoptées par notre Code pénal, il y a telle peine infamante qui n'entache pas véritablement la probité de l'homme privé, telle, par exemple, que la simple dégradation civique prononcée contre un fonctionnaire qui excède les limites de ses pouvoirs; tandis qu'il est d'autres peines non infamantes qui déshonorent profondément ceux quelles atteignent, telles qu'une condamnation pour vol ou pour escroquerie. On peut objecter, il est vrai, à la doctrine que nous défendons et que nous croyons fermement être celle de notre Code, on peut lui objecter de n'être pas assez sévère et d'admettre à la succession un héritier qui aurait porté contre le défunt une dénonciation de nature à le faire condamner à la peine des travaux forcés. Nous comprenons cette objection; et peut-être, en effet, aurait-on pu se montrer plus rigoureux. Peut-être, le nouveau système par lequel on a voulu prévenir le

retour des incertitudes et de l'arbitraire de l'ancien droit en cette matière, n'a-t-il pas évité le danger ordinaire de toutes réactions, qui sont bien souvent, à leur tour, extrêmes en sens contraire. Mais, du moins, ce système a-t-il le grand avantage de la précision et de la netteté.

En conséquence, nous concluons que le mot *capitale* ne peut être entendu que d'une accusation de nature à entraîner une peine qui aurait donné ouverture à la succession; et comme aujourd'hui, depuis que la loi du 31 mai 1854 a aboli la mort civile, il n'y a plus que la peine de mort naturelle qui produit cet effet, il s'ensuit que la cause d'indignité n'est attachée qu'à une accusation de nature à entraîner la condamnation à la peine de mort (comp. Toullier, t. II, n° 109; Duranton, t. VI, nos 104-106; Belost-Jolimont sur Chabot, art. 727, observ. 4; Marcadé, art. 727, n° 67; Malpel, n° 47; Vazeille, art. 727, n° 10; Taulier, t. III, p. 131; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 425; Demante, t. III, n° 35 *bis*, VII; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 246; D., *Rec. alph.* (nouv. édit.), v° *Success.*, t. XLI, p. 195, n° 136).

240. — Il faut, bien entendu, que la dénonciation ait été *calomnieuse;* car notre législation considère qu'une dénonciation vraie est un devoir envers la socité (art. 30, Cod. d'inst. crim.).

Et c'est là une question à part, que les magistrats saisis de la demande, ont toujours le droit d'apprécier souverainement, en ce qui concerne le dénonciateur ou le plaignant, à raison de sa bonne foi personnelle et de toutes autres circonstances, lors même que l'accusé a été acquitté (comp. Merlin, *Rép.*, v° *Réparation civile*, § 2, n° 3 *bis*; Malpel, n° 47; D., *Rec. alph.*, v° *Succession*, p. 274, n° 12).

241. — 2° Mais la loi n'admet comme preuve de la calomnie, que le jugement qui a déclaré, en effet, l'accusation calomnieuse.

De quel jugement s'agit-il ici? Faut-il encore, comme dans le premier cas d'indignité, une condamnation pénale? (*supra*, nº 223.)

On pourrait prétendre, avec une certaine force, que le jugement qui déclare l'*accusation* calomnieuse, peut, dans ce cas, être rendu par le tribunal civil, saisi de la demande en indignité, qui, par la même décision dans laquelle il déclarerait la dénonciation calomnieuse, prononcerait, en conséquence, comme par forme de dommages-intérêts, l'exclusion pour cause d'indignité : d'une part, le nº 2 de l'article 727 ne se sert pas, comme le nº 1, du mot *condamné*; il emploie le mot *jugé;* or, cette dernière condition peut être remplie par un jugement civil aussi bien que par un jugement criminel ou correctionnel; et c'est ainsi qu'une demande en révocation de donation, fût-elle fondée sur un délit, pourrait être formée par les héritiers du donateur, agissant au civil dans les délais déterminés par la loi; d'autre part, si le fait de calomnie doit être nécessairement constaté par une condamnation pénale, il sera fort à craindre que le calomniateur n'échappe très-souvent à cette cause d'indignité, par suite de la brièveté des délais dans lesquels, sous peine d'être déclaré non recevable, le *calomnié* doit agir. En effet, si, par suite de la dénonciation ou de la plainte, le *de cujus* a été mis en accusation, il devra, sous peine de déchéance, former sa demande avant le jugement, s'il a connu son dénonciateur, ou avant la fin de la session, s'il ne l'a connu que depuis le jugement; et s'il ne l'a connu qu'après la clôture de la session, il n'aura, pour former sa plainte, que trois ans à partir du délit, soit qu'il en ait ou qu'il n'en ait pas connu l'auteur; et il en sera de même, dans le cas où il n'y aurait pas eu de mise en accusation (art. 358, 359 et 638, Code d'inst. crim.; et art. 373, Cod. pén.; comp. Demante, t. III, nº 35 *bis*, VIII).

Nous pensons néanmoins que c'est par une condamnation pénale, rendue en Cour d'assises ou en police correc-

tionnelle, que la dénonciation doit avoir été déclarée calomnieuse :

1° Et d'abord, quant au texte même de l'article 727, il nous paraît certain que le mot : *jugé*, dans le n° 2, exprime la même idée que le mot : *condamné*, dans le n° 1 ; c'est la suite du même système, d'après lequel le législateur a voulu qu'un débat solennel, dirigé contre l'héritier accusé ou prévenu, eût constaté, devant la juridiction compétente à cet effet, le crime ou le délit qui constitue la cause d'indignité. Il est vrai que l'article 359 du Code d'instruction criminelle dispose que si l'accusé n'a connu son dénonciateur qu'après la clôture de la session, *sa demande* (en dommages-intérêts) *sera portée au tribunal civil.* Et l'on a, en conséquence, enseigné que le jugement, qui, d'après le n° 2 de notre article 757, doit déclarer l'*accusation calomnieuse,* peut être rendu par le tribunal civil (Duranton, t. VI, n° 107); mais nous ne pensons pas qu'il en soit ainsi ; et suivant nous, il n'y a que la Cour d'assises ou le tribunal correctionnel qui puisse rendre ce jugement, puisqu'il faut non pas seulement que l'accusation ait été déclarée calomnieuse, à fins civiles, mais que la peine ait été prononcée contre le calomniateur. Sous ce rapport, l'article 359 du Code d'instruction criminelle est, il faut bien en convenir, conçu dans des termes trop restrictifs ; peut-être pourrait-on l'expliquer en disant qu'il n'y est question que de la *demande en dommages-intérêts* formée contre le dénonciateur; mais il nous paraît plus vrai de reconnaître que cette disposition provient de ce que, à l'époque où l'article 359 du Code d'instruction criminelle a été rédigé, l'article 373 du Code pénal, qui attribue, dans ce cas, juridiction aux tribunaux correctionnels, n'existait pas encore, et qu'il n'y avait non plus aucune disposition semblable dans la législation ancienne qui était alors en vigueur. Mais aujourd'hui, en présence de l'article 373 du Code pénal, et d'après tous les principes régulateurs des juridictions criminelles, nous pensons

que la dénonciation devrait être *jugée calomnieuse*, soit par la Cour d'assises, si elle était utilement saisie avant le jugement ou avant la clôture de la session, soit, dans le cas contraire, par les tribunaux correctionnels.

2° Nous ne sommes d'ailleurs que médiocrement touché de l'objection, qui consiste à dire qu'il pourra arriver que l'héritier calomniateur échappe souvent à l'exclusion pour cette cause d'indignité, à raison du court délai dans lequel le *calomnié* devra agir sous peine de déchéance ; car, si le calomnié poursuivi a connu son dénonciateur avant le jugement ou avant la clôture de la session, il a été ainsi formellement mis en demeure de se plaindre; et s'il ne l'a pas fait dans ce moment-là même, où le procès criminel, que la calomnie lui avait injustement suscité, était encore flagrant, c'est qu'il ne l'aura pas voulu (*infra*, n° 243). L'objection aurait, il est vrai, plus de force, si le *de cujus* n'avait pas connu son dénonciateur avant la clôture de la session, ou s'il n'y avait pas eu de mise en accusation, puisque, après l'expiration de trois ans à dater du jour du délit, toute action serait prescrite (art. 638, Cod. d'instr. crim.); mais, après tout, tel est l'effet général de la prescription qui, malgré ses inconvénients, se recommande toujours par d'incontestables avantages (comp. Duvergier sur Toullier, t. II, n° 109, note 6; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 426, note 2; Chabot, sur l'article 727, n° 14; Malpel, n° 48; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 170).

242. — C'est sur la demande de l'accusé, que la Cour d'assises, saisie avant le jugement ou avant la clôture de la session, est appelée à prononcer sur le fait de calomnie.

Et si l'accusé n'a connu son dénonciateur qu'après la clôture de la session, de même que s'il n'y a pas eu de mise en accusation, c'est encore sur la demande de celui qui a été dénoncé, que le tribunal correctionnel sera généralement saisi.

Mais la dénonciation pourrait-elle être jugée calomnieuse,

soit sur la demande des héritiers de la personne qui aurait été calomnieusement dénoncée, soit d'office sur les poursuites du ministère public?

A. Par les héritiers?

Non, répondent MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing; car le droit de se plaindre d'une calomnie n'appartient qu'à la personne qui en a été victime, et ne passe point à ses héritiers (t. III, n° 426).

Oui, suivant Taulier, lorsque la personne calomniée est morte dans le délai de la prescription; car ses héritiers alors, qui succèdent à tous ses droits, pourront poursuivre le coupable et se prévaloir ensuite de la condamnation prononcée contre lui, pour le faire déclarer indigne (t. III, p. 132). Et nous croirions, en effet, par ce motif, que l'action appartiendrait aussi aux héritiers de la personne calomnieusement dénoncée (arg. de l'article 957).

B. Nous ne voyons même pas pourquoi l'indignité ne serait pas encourue, dans le cas où ce serait sur les réquisitions d'office du ministère public, que l'héritier aurait été condamné, comme, par exemple, pour avoir porté un faux témoignage contre le défunt, et sans que celui-ci fût même intervenu (comp. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 171).

243. — Cette cause d'indignité pourrait-elle être effacée par le pardon, que le défunt aurait accordé à son dénonciateur?

Régulièrement, non! Aucune cause d'indignité, lorsque la preuve en a été légalement acquise, ne peut s'effacer par le pardon de l'offensé; nous en avons donné plus haut les motifs (n° 226).

Il est vrai que celui contre lequel *une accusation calomnieuse* a été portée, peut ne pas former d'action contre son dénonciateur, et lui accorder ainsi tacitement son pardon, en laissant la prescription s'accomplir (*supra* n° 241). Mais, dans ce cas même, il n'est pas exact de dire que le pardon efface la cause de l'indignité; car précisément,

cette cause n'ayant alors jamais existé aux yeux de la loi, on ne saurait prétendre qu'elle a été effacée (comp. Toullier et Duvergier, t. II, n° 109, note *c;* Duranton, t. VI, n° 109; Chabot, sur l'article 727, n° 15; Malpel, n° 62; Zachariæ, Massé et Vergé t. II, p. 244).

244. — C. Enfin l'article 727-3°, déclare indigne « l'héritier majeur qui, instruit du meurtre du défunt, « ne l'aura pas dénoncé à la justice. »

Les Romains enlevaient la succession, *ut indigno*, à l'héritier qui n'avait pas vengé la mort du défunt, en se portant l'accusateur du meurtrier, *si in ulciscenda morte defuncti cessaverunt* (L. 15, § 2, ff. *de senatus. silaniano*).

Nos anciens jurisconsultes français avaient aussi admis cette cause d'indignité; et au motif qu'on en donnait, à Rome, que l'héritier avait manqué à son devoir de parenté, *propter debitum pietatis officium* (L. 1, Cod. *de his quibus ut indign.*), ils ajoutaient *qu'il n'y a rien qui soit plus capable d'arrêter la fureur d'un homicide comme la crainte de la vengeance des enfants ou des autres héritiers, qu'il prévoit être indispensablement obligés de le poursuivre* (Lebrun, liv. III, chap. IX, n° 5; ajout. Rousseau de La Combe, v° *Indignité*, n° 4). Toutefois Pothier hésitait à croire que cette cause d'indignité dût être admise en France, par le motif que déjà, de son temps, *et d'après les usages,* comme il dit, le soin de la vengeance du défunt est remis au ministère public plutôt qu'aux héritiers (*des Success.*, chap. I, sect. II, § 2).

Ce motif-là est aujourd'hui d'évidence; ce que les usages seuls avaient introduit à l'époque de Pothier, c'est la loi fondamentale de notre organisation moderne qui l'a établi (art. 1, Cod. d'inst. crim.; *supra*, n° 236); et néanmoins, notre Code a maintenu, à certains égards, cette cause d'indignité; ce n'est pas qu'il ait imposé à l'héritier l'obligation, comme on disait autrefois, de poursuivre *la vengeance* du meurtre du défunt; mais il a vu, dans le silence de l'héritier, une indifférence coupable à ce point,

qu'elle constitue, sinon une sorte de complicité morale, du moins un impardonnable outrage à la mémoire du défunt; et il n'a pas voulu que cet héritier profitât d'une succession qui avait été ouverte par un crime, à l'impunité duquel il aurait contribué ou pu contribuer par son silence. C'est à ce point de vue que cette cause d'indignité se rattache aussi, quoique moins directement que les deux autres, au fait même de l'ouverture de la succession (*supra*, n° 219).

245. — Ce que l'article 727 oblige l'héritier à *dénoncer* (et le mot est ici très-juste, art. 30, Cod. d'inst. crim.), c'est le *meurtre*, le fait même du meurtre, et non pas le meurtrier. Il se peut, en effet, qu'il ne le connaisse pas, et qu'il n'ait que des soupçons plus ou moins vagues, des indications plus ou moins incertaines; et lors même qu'il aurait de très-fortes raisons d'être convaincu de la culpabilité de celui qu'il en croirait l'auteur, il peut craindre les suites d'une plainte ou d'une dénonciation, les demandes en dommages-intérêts, si les poursuites par lui provoquées n'aboutissaient pas à une condamnation, et dans tous les cas, les ressentiments et les vengeances de celui qu'il aurait dénoncé, ou de ses proches. Il est vrai qu'autrefois, précisément *parce que la crainte des dommages-intérêts pouvait*, disait Lebrun, *refroidir quelquefois les poursnites de l'héritier*, on distinguait, pour l'appréciation des dommages-intérêts, en ces circonstances, entre l'accusation volontaire et *l'office nécessaire de l'héritier* (liv. III, chap. IX, n° 5; comp. L. II, Cod., *de calumniatoribus*); mais notre Code ne s'est pas même arrêté à ce tempérament; et c'est avec grande raison, suivant nous, que pour ôter toute excuse à l'inaction et à l'insouciance de l'héritier, il ne l'oblige jamais qu'à dénoncer le meurtre. Aussi bien cette disposition est-elle exempte de tout inconvénient, puisque l'héritier pourra être appelé comme témoin dans le procès criminel, et qu'il devra fournir alors, sous la foi du serment, et sans être exposé à au-

cune demande en dommages-intérêts, s'il ne fait qu'obéir loyalement aux ordres de la justice, tous les renseignements, qui pourront éclairer les juges sur le fait du meurtre et sur la personne du meurtrier (comp. Chabot, sur l'article 727, n° 16; Malpel, n° 62; Duranton, t. VI, n° 111; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 438; Marcadé, art. 727, n° 70).

246. — Que l'héritier ne soit pas tenu non plus de se porter partie civile, cela est évident, puisque notre article ne l'oblige, encore une fois, qu'à *dénoncer le meurtre*.

247. — L'héritier devrait-il, sous peine d'encourir l'indignité, dénoncer l'homicide commis sur le défunt, si cet homicide n'avait pas été volontaire, par exemple, s'il avait été commis par imprudence, ou si celui qui en est l'auteur, se trouvait dans un cas de légitime défense?

Notre article ne déclare l'héritier indigne qu'autant qu'il n'a pas dénoncé le *meurtre* du défunt; or, l'homicide commis dans les deux circonstances qui viennent d'être indiquées, ne constitue pas un meurtre; donc, l'article 727 n'est pas applicable (comp. art. 295, 319, 327, 328, Cod. pén.; Lebrun, liv. III, chap. IX, n° 6; Merlin, *Rép.*, v° *Indignité*, n° 4).

Le plus sûr néanmoins, de la part de l'héritier, serait de faire connaître à l'autorité publique ces circonstances de mort violente du défunt.

Et ce que nous venons de dire prouve même qu'il serait tenu, sous peine d'indignité, de dénoncer le meurtre commis sur le défunt, lors même que ce meurtre pourrait être déclaré excusable (art. 321 et suiv., Cod. pén.); car nous avons vu plus haut que l'excuse n'empêche pas qu'il y ait eu *meurtre* (n° 232).

248. — Que faudrait-il décider, dans le cas où l'héritier présomptif, connaissant le dessein homicide de l'assassin, *qui cognoverat tantum*, l'aurait laissé s'accomplir, sans pourtant commettre aucun acte de complicité

légale (comp. art. 60, 61, Cod. pén.; L. II, ff. *de lege Pompeia de parricidiis*).

S'il n'avait pas ensuite dénoncé le meurtre accompli, nous lui appliquerions, bien entendu, l'article 727-3°.

Mais supposez qu'il ait eu l'infâme hypocrisie de venir le dénoncer, et qu'il soit prouvé qu'il a connu le projet homicide et qu'il n'a rien fait pour l'empêcher!

Lebrun suppose une espèce à peu près semblable ; et il enseigne qu'il faut déclarer indigne « non-seulement celui qui a attenté sur la personne du défunt, mais encore celui qui, pour n'avoir pas révélé le dessein de l'assassin, est cause de sa mort, quoique indirectement. » (Liv. III, chap. IX, n° 4.)

Ce serait, en effet, un bien triste spectacle, et bien immoral, que de voir un tel héritier conserver la succession!

On ne saurait nier pourtant que nous ne nous trouvons précisément alors ni dans le n° 1 de l'article 727, puisque l'héritier n'a pas été condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt, ni dans le n° 2, puisqu'il a dénoncé (nous le supposons) le meurtre une fois commis. Il est vrai que ce meurtre, on prétend qu'il l'a laissé commettre; mais la preuve de la connaissance du dessein homicide et de la volonté, chez son auteur, d'accomplir ce dessein, ne sera-t-elle pas toujours très-difficile à acquérir sûrement?

249. — « L'héritier ne doit point poursuivre celui « auquel le défunt a fait grâce. » Voilà ce que l'on décidait en droit romain et dans notre ancien droit français (comp. L. 2, ff. *de senat. silaniano;* Lebrun, liv. III, chap. IX, n° 6; Merlin, *Rép.*, v° *Indignité*, n° 4).

Faut-il décider aujourd'hui, en cas pareil, que l'héritier ne serait pas tenu de dénoncer le meurtre?

On peut dire, pour l'affirmative, qu'il n'y a pas faute alors de la part de l'héritier, surtout si son auteur, en pardonnant, lui a expressément défendu de dénoncer le meurtre; ne serait-il pas bien dur de déclarer indigne

l'héritier, qui aurait cru de son devoir et de son honneur de respecter cette dernière volonté du mourant!

Il faut pourtant reconnaître que la généralité de notre texte n'admet pas cette exception ni cette excuse.

Encore moins, faudrait-il excepter, comme on le faisait aussi autrefois, le cas où l'héritier pourrait croire que le défunt, qui n'a point pardonné lui-même, aurait transigé avec le meurtrier, s'il eût survécu.

250. — Quant à la connaissance que l'héritier aurait eue du meurtre du défunt, c'est un fait qui peut être, bien entendu, établi par tous les genres de preuves; et il appartient aux magistrats de décider, d'après les circonstances, s'il en a été ou non instruit (comp. Chabot sur l'article 727, n° 18).

251. — La loi n'a pas déterminé le délai, dans lequel l'héritier instruit du meurtre du défunt, devrait le dénoncer à la justice; et c'est là dès lors aussi une question de fait, sur laquelle les juges doivent statuer, d'après les circonstances.

Le Code des Deux-Siciles (art. 648-3°), exige que l'héritier dénonce le meurtre dans les six mois du jour où il en a eu connaissance.

Chez nous, c'est là, dans le silence du Code, un point de fait.

Y a-t-il eu, de la part de l'héritier, un retard volontaire et sans excuse, et par suite, cette insouciance coupable qui constitue l'indignité? voilà ce qu'il faut rechercher.

D'une part, en effet, il est clair que l'héritier, qui aurait par trop longtemps gardé le silence, ne pourra pas toujours conjurer l'indignité par la dénonciation même la plus tardive; autrement, cette cause d'indignité serait tout à fait illusoire.

Mais, d'autre part, pourtant, il faut aussi tenir compte des circonstances où il a pu se trouver, de son éloignement peut-être au moment du crime, d'une maladie

grave, qui le retenait à cette époque dans son lit, ou de la circonstance encore que le défunt aurait été homicidé loin de chez lui, pendant un voyage, ou encore, comme on le remarquait autrefois, que le meurtre aurait été occulte ou public, *vel clandestinis insidiis.... vel vi aperta* (L. 9, Cod. *de his quib. ut indig.;* Merlin, *Rép.*, v° *Indignité*, n° 4).

Ce que l'on peut dire, en règle générale, c'est qu'évidemment le vœu de la loi est que cette dénonciation soit faite par l'héritier le plus tôt possible.

MM. Massé et Vergé (t. II, p. 244) remarquent encore, fort justement, que la dénonciation du meurtre faite avant le décès du défunt, devrait toujours être considérée comme ayant eu lieu en temps utile.

252. — On décidait autrefois que l'héritier devait venger le meurtre du défunt, avant d'appréhender la succession, et que *le plus léger acte d'héritier* (du moins, lorsque le crime avait été public), *suffisait pour lui faire encourir l'indignité* (Merlin, *loc. supra cit.;* ajout. Lebrun, liv. III, chap. IX, n° 5).

Notre Code ne s'explique pas non plus sur ce point; et ce sera là encore un des éléments de fait à prendre en considération sur la question de savoir si l'héritier a commis ou non une négligence coupable. Le seul fait de son immixtion dans les biens héréditaires ne suffirait pas, suivant nous, en général, lors même que ce fait constituerait une acceptation, tacite ou même expresse, pour le rendre indigne, si d'ailleurs il n'avait pas tardé ensuite à faire la dénonciation; à plus forte raison, en serait-il ainsi des simples actes conservatoires, qu'il aurait faits, avant de dénoncer le meurtre (art. 779, 796; comp. Duranton, t. VI, n° 115).

Mais le plus convenable et aussi le plus sûr, pour l'héritier, est de s'abstenir de toucher aux biens de la succession, tant qu'il n'a pas rempli ce devoir.

253. — L'héritier d'ailleurs ne devrait pas être né-

cessairement déclaré en retard, par cela seul qu'il aurait été prévenu :

Soit par les poursuites d'office du ministère public, qui aurait été informé du meurtre par la clameur publique ou par ses agents (le Code des Deux-Siciles dispense même l'héritier de cette dénonciation, lorsque le ministère public a poursuivi d'office, art. 648-3°);

Soit par la dénonciation, que ses cohéritiers ou des parents d'un degré plus éloigné auraient portée avant lui.

La loi n'attache à ce fait aucune déchéance; et il est clair qu'il n'en résulte pas, en effet, nécessairement que l'héritier ait commis une négligence; il ne faut pas, surtout lorsqu'il s'agit des autres cohéritiers et des parents du degré subséquent, que ceci devienne le prix de la course; l'excès d'empressement, en semblable occasion, ne serait même peut-être pas, à un certain point de vue, moins coupable que la négligence; car il pourrait révéler beaucoup moins le soin de la mémoire du défunt, qu'un intraitable sentiment de cupidité! (Comp. Lebrun, liv. III, chap. IX, n° 5; Duranton, t. VI, n° 113).

254. — On peut même demander, dans ce cas, si l'héritier n'est pas dispensé de dénoncer le meurtre, lorsque ce meurtre est déjà connu de la justice, soit par les poursuites d'office du ministère public, soit par une autre dénonciation.

L'affirmative paraît bien raisonnable, lorsque, en effet, il est certain que le meurtre est connu de la justice, dans le cas, par exemple, où le coupable a été arrêté publiquement en flagrant délit! Et quand la loi exige que l'héritier *dénonce* le meurtre à la justice, ne suppose-t-elle pas nécessairement qu'il s'agit de le lui apprendre, parce qu'elle l'ignore? (Comp. Duranton, t. VI, n° 112).

Il sera toujours néanmoins très-prudent, de la part de l'héritier, de satisfaire à notre article, en dénonçant le meurtre.

255. — Ce n'est d'ailleurs qu'à l'HÉRITIER, que notre article 727 impose le devoir de dénonciation.

D'où il suit que tout autre parent du défunt, tant qu'il n'est pas héritier, n'est pas tenu légalement de dénoncer le meurtre, et que ce devoir ne peut commencer, pour le parent plus éloigné, qu'à partir du jour où, par la renonciation du parent le plus proche, il se trouverait appelé lui-même à profiter de la succession, que ce meurtre a ouverte (comp. Merlin, *Rép.*, v° *Indignité*, n° 4).

256. — Il faut aussi, pour que l'indignité soit encourue faute de dénonciation, que l'héritier soit *majeur*.

D'une part, le mineur peut n'avoir pas encore le jugement assez formé pour comprendre le caractère et l'étendue des devoirs que la parenté et la loi nous imposent; il n'y a donc pas faute ni négligence de sa part, surtout s'il est encore enfant; et il y aurait eu plus que de la dureté à le rendre, en pareil cas, responsable, ainsi que quelques-uns le voulaient autrefois, du défaut de dénonciation imputable à son tuteur (comp. Merlin, *Rép.*, v° *Indignité*, n° 4).

D'autre part, on n'a pas cru que le mineur, qui est incapable d'aliéner, même par les actes les plus formels, une partie quelconque de son patrimoine, dût pouvoir se dépouiller de toute une succession par un fait, dont le caractère, en sa personne, pouvait être si peu certain.

257. — Quoique le texte ne mentionne que le *majeur*, la raison essentielle de la loi exige qu'on l'applique également :

Soit à l'interdit (*voy.* l'article 509);

Soit à l'individu non interdit, placé dans un établissement public ou privé d'aliénés (loi du 25 juin 1838);

Soit même à l'héritier, qui ne se trouverait dans aucune de ces deux conditions, si d'ailleurs l'état de ses facultés mentales était évidemment exclusif de toute idée de faute et de négligence (comp. Taulier, t. III, p. 137; Demante, t. III, n° 35 *bis*, IX).

258. — L'indigence et la rusticité de l'héritier étaient, dans notre ancien droit, une cause d'excuse, parce qu'il fallait, à cette époque, poursuivre la vengeance du défunt, et par conséquent employer des frais de justice (comp. Lebrun, liv. III, chap. IX, n° 5; Merlin, *Rép*, v° *Indignité*, n° 4).

Mais aujourd'hui que l'héritier n'est tenu que de dénoncer le meurtre, il n'y a plus de motif pour que son indigence puisse l'en dispenser.

259. — L'héritier, qui était mineur ou interdit à l'époque de l'ouverture de la succession, est-il tenu, sous peine d'indignité, de dénoncer le meurtre du défunt, lorsqu'il est devenu majeur ou qu'il a été relevé de son interdiction, soit qu'il en ait été instruit au moment du décès, soit qu'il ne l'ait appris que depuis qu'il est majeur ou que son interdiction est levée?

La négative est enseignée par plusieurs jurisconsultes:

L'article 727, dit-on, détermine des causes d'indignité et d'exclusion, non pas des causes de déchéance; et dès lors, il suppose que la cause existe au moment du décès, et qu'elle empêche l'héritier d'acquérir la succession valablement et irrévocablement; donc, si au moment du décès, la cause d'indignité n'existait pas déjà dans la personne de l'héritier, cet héritier a été régulièrement saisi de la succession; et une cause postérieure ne saurait lui enlever un droit qui lui a été, dès cette époque, irrévocablement acquis. On ajoute que c'est déjà une assez grande rigueur que de prononcer l'indignité pour un simple défaut de dénonciation, et que l'interprétation ne doit pas chercher à étendre une semblable pénalité (comp. Poujol, art. 727, n° 11; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 244; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 429).

Cette doctrine ne nous paraît point fondée, ni d'après le texte, ni d'après le motif essentiel de la loi:

1° Le texte de l'article 727-3°, ne renferme rien, qui

suppose que ce soit nécessairement au moment même de l'ouverture de la succession, que l'héritier ait dû être instruit du meurtre du défunt. Tout au contraire! En déclarant que l'héritier est indigne de succéder, et comme tel, *exclu de la succession*, il suppose qu'il a pu la recueillir, et qu'elle lui est enlevée; et nous verrons bientôt qu'en effet l'indignité est précisément considérée comme une cause de *déchéance*.

2° Si la doctrine que nous combattons était exacte, il faudrait l'appliquer même à l'héritier qui était majeur au moment de l'ouverture de la succession, et décider que si à ce moment, l'héritier ignorait le meurtre du défunt, il ne deviendrait pas indigne, faute de dénonciation, lors même qu'il en aurait été instruit postérieurement, à une époque, quelle qu'elle fût, éloignée ou rapprochée! cela serait inévitable; aussi MM. Massé et Vergé (*loc. supra cit.*) l'enseignent-ils formellement. Mais cette conséquence forcée de leur système en est, à notre avis, la condamnation certaine; car non-seulement, il n'y a rien, dans le texte, qui l'autorise; mais il est clair que si l'on entend ainsi l'article 727, nº 3, la cause d'indignité qu'il prononce, deviendra le plus souvent illusoire; car c'est au moment même du décès que l'héritier est saisi (art. 724); et toutes les fois que le meurtre du défunt aura été commis à une certaine distance du lieu où se trouvait l'héritier; ou lorsque le crime aura été secret, *veneno vel clandestinis insidiis* (L. 9, Cod. *de his quib. ut indig.*), il ne serait pas tenu de le dénoncer, s'il ne l'a point connu immédiatement et instantanément, lors même qu'il en serait instruit le lendemain de l'ouverture de la succession; c'est-à-dire qu'il ne serait véritablement tenu de le dénoncer que dans le cas le plus rare, où il en aurait été témoin!

3º Le motif essentiel de la loi ne résiste d'ailleurs pas moins que son texte, à toute distinction de ce genre. Quelle est, en effet, la cause de cette indignité? c'est la

coupable insouciance de l'héritier qui garde, sans en rien dire, cette succession, à laquelle il sait qu'un crime impuni a donné ouverture; or, cette insouciance est aussi coupable et aussi injurieuse pour le défunt, dans un cas que dans l'autre! (Comp. Chabot sur l'article 727, n° 17; Duranton, t. VI, n° 112; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 171; Marcadé, art. 727, n° 70; Demante, t. III, 35 *bis*, 9; Taulier, t. III, p. 133.)

260. — Le législateur n'aurait pas pu, sans faire violence aux sentiments les plus sacrés de la nature, contraindre l'héritier à dénoncer les personnes qui lui sont attachées par certains liens de parenté ou d'alliance.

Cette exception a eu lieu dans tous les temps (comp. L. 13 et 17, Cod. *de his qui accus. non poss.*; Lebrun, liv. III, chap. IX, n° 6).

Et voici dans quels termes l'article 728 la consacre :

« Le défaut de dénonciation ne peut être opposé aux « ascendants ou descendants du meurtrier, ni à ses alliés « au même degré, ni à son époux ou à son épouse, ni à « ses frères ou sœurs, ni à ses oncles et tantes, ni à ses « neveux et nièces. »

261. — La pensée évidente du législateur est certainement d'appliquer, de tout point, aux alliés la même dispense, qu'il applique aux parents dans la ligne directe et dans la ligne collatérale.

Il est vrai que les mots *ni à ses alliés au même degré*, tels qu'ils sont placés dans l'article 728, n'ont pas correctement exprimé sa pensée; mais l'explication historique de cette rédaction ne laisse d'ailleurs aucune place au doute.

L'article du projet, tel qu'il avait été adopté au conseil d'État, était ainsi conçu :

« Le défaut de dénonciation ne peut être opposé aux « ascendants et descendants du meurtrier, *ni à ses alliés « en ligne directe*, ni à son époux ou à son épouse, ni à

« ses frères et sœurs, ni à ses oncles et tantes, ni à ses « neveux et nièces. » (*Voy.* Fenet, t. XII, p. 11.)

D'après cette rédaction, le défaut de dénonciation, qui ne pouvait pas être opposé aux alliés en ligne directe, aurait pu être opposé aux alliés en ligne collatérale du meurtrier, au beau-frère et à la belle-sœur, etc.

C'est sur cette rédaction que le Tribunat pensa qu'il y avait lieu d'étendre aux alliés en ligne collatérale la dispense que le projet n'accordait qu'aux alliés en ligne directe; et, à cet effet, il proposa : 1° de supprimer les mots : *ni à ses alliés en ligne directe;* 2° de placer à la fin de l'article, ceux-ci : *ni à ses alliés au même degré* (*voy.* Fenet, t. XII, p. 97).

Cette proposition fut admise; en conséquence, aux mots : *alliés en ligne directe*, on substitua ceux-ci : *alliés au même degré*, et ce fut évidemment par pure inadvertance, que cette phrase, au lieu d'être transportée à la fin de l'article, comme le demandait le Tribunat, est demeurée à la place où se trouvait d'abord la phrase qui a été modifiée; car, à cette place, la formule en serait tout à fait inexacte, si on ne voulait la rapporter qu'aux ascendants et descendants, à l'égard desquels l'article 728 n'a pas limité *les degrés.*

262. — D'après Toullier, la dispense de dénonciation ne s'appliquerait aux alliés du meurtrier, que *dans le cas où ces derniers auraient été institués héritiers* (t. II, n° 3, note 1).

Mais M. Duvergier (*loc. cit.*) remarque fort justement que l'article 728 ne régit que les successions légitimes, et que dès lors ces expressions : *alliés au même degré*, s'appliquent aux personnes qui sont tout à la fois héritières de la victime et alliées du meurtrier. A l'égard des successions testamentaires, ce n'est qu'au moyen de l'action en révocation, que l'institué peut en être privé (art. 1046, 1047).

Cela est incontestable (comp. notre *Traité des Donations*

entre-vifs et des Testaments, t. V, nos 267-268; *voy.* toutefois, Lyon, 12 janv. 1864, Crepin, Dev., 1864, II, 28).

263. — Il suffit d'ailleurs, pour que l'héritier jouisse du bénéfice de l'article 728, que son parent ou allié, dans la ligne et dans le degré déterminés par cet article, soit complice du meurtre, quand même il n'en serait pas l'auteur (comp. art. 59, Code pén.; et *supra*, n° 221).

264. — Et lors même aussi que le parent ou l'allié de l'héritier ne serait, en réalité, ni auteur ni complice du meurtre du défunt, il suffirait, pour que l'article 728 fût applicable, que cet héritier eût cru de bonne foi à sa culpabilité; si son silence n'avait eu effectivement d'autre cause que la crainte de livrer son parent ou son allié aux poursuites de la justice, il ne devrait pas encourir l'indignité, que la loi n'inflige qu'à l'insouciance coupable (comp. Marcadé, art. 728, n° 72).

265. — L'article 728 sera d'une application facile, et l'héritier jouira efficacement de la dispense que cet article lui accorde, lorsque le meurtrier sera connu au moment où la demande en indignité serait formée contre lui pour défaut de dénonciation. Il n'aurait alors qu'à fournir la preuve des liens, qui l'unissent au meurtrier.

Il en sera encore ainsi, dans le cas même où le meurtrier serait inconnu au moment de la demande en indignité, si, à ce moment, le meurtrier est décédé ou si l'action publique est prescrite. Et encore, dans cette dernière hypothèse, l'héritier sera-t-il obligé, pour ne pas encourir l'exclusion, de révéler le nom du coupable, qui était ignoré, et de flétrir ainsi la mémoire de son proche, s'il est mort, ou de le déshonorer lui-même, si l'action est seulement prescrite; mais du moins, cette révélation ne pourra plus avoir pour résultat de le livrer aux poursuites de la justice; et l'héritier, quoique n'ayant pas dénoncé le meurtre, conservera la succession par application de l'article 728.

266. — Mais supposons, au contraire, qu'au moment où la demande en déclaration d'indignité est formée contre l'héritier pour défaut de dénonciation, le meurtre soit connu, le meurtrier d'ailleurs demeurant ignoré, et que l'action publique ne soit encore éteinte ni par la mort du coupable, ni par la prescription.

La perplexité de l'héritier serait alors cruelle! et il faut bien reconnaître que l'article 728 renferme une dispense, dont l'application est ici impossible.

Cet héritier, en effet, ne pourrait échapper à l'indignité pour défaut de dénonciation, qu'en invoquant l'article 728, qui le dispensait de dénoncer même seulement le meurtre, parce que le meurtrier était son parent ou son allié; or, précisément, il ne pourrait établir que cette dispense lui est applicable, qu'en dénonçant le meurtrier lui-même, c'est-à-dire son propre parent ou allié!

L'alternative est inévitable; et il faudra nécessairement que l'héritier choisisse entre le devoir de piété, qui lui défend de livrer l'un de ses proches aux poursuites de la justice, et la succession, dont il peut être exclu, s'il remplit ce devoir; exclu, dis-je, comme s'il avait lui-même commis une faute grave envers la mémoire du défunt, tandis qu'il n'aura fait qu'accomplir un acte de dévouement et d'abnégation.

Il est vrai que l'on peut dire qu'une telle hypothèse sera très-rare, par le motif « qu'il n'y a guère qu'un débat contradictoire avec le meurtrier, ainsi nécessairement révélé, qui puisse imprimer à l'homicide commis le caractère de meurtre. » (Demante, t. III, n° 36 *bis*, II.)

Mais pourtant, cette situation est loin d'être impossible; et elle pourrait se réaliser dans deux cas :

1° Si le meurtre ayant été commis par plusieurs, et l'un des auteurs ayant été condamné, l'autre, co-auteur ou complice, qui serait précisément le parent ou l'allié de l'héritier, était demeuré inconnu;

2° Indépendamment même de toute condamnation, s'il

était prouvé par une instructiou judiciaire que le *de cujus* a péri victime d'un meurtre, quoique l'auteur en fût inconnu. La loi, en effet, ne paraît pas exiger ici que le meurtrier ait été condamné; et tout en reconnaissant que cette condamnation sera, en général, la preuve la meilleure et la plus sûre du meurtre du défunt, nous ne croyons pas qu'en droit, elle soit la seule qui puisse en être fournie.

267. — Eh bien donc! supposons que l'héritier, homme d'honneur, a préféré son devoir à son intérêt, et qu'il s'est laissé exclure.

Cette exclusion sera-t-elle donc toujours définitive et irréparable?

Oui, sans doute, si le meurtrier continue toujours à demeurer inconnu.

Mais voici qu'il est découvert; et l'on reconnaît que l'héritier, qui a été déclaré indigne pour défaut de dénonciation, était aux termes de l'article 728, à raison des liens qui l'unissent à ce meurtrier, dispensé de dénoncer le meurtre.

Pourra-t-il alors réclamer la succession?

L'affirmative sera certaine, si la décision judiciaire par laquelle il a été exclu, peut encore être attaquée, soit par l'une des voies ordinaires de recours : l'opposition ou l'appel; soit par l'une des voies extraordinaires : le pourvoi en cassation ou la requête civile; et il n'est pas douteux qu'indépendamment des ouvertures de requête civile, qui se rattachent à la procédure, il faudrait considérer comme *un dol personnel*, et par conséquent comme une cause d'ouverture de requête civile (art. 480-1°, Code de procéd.), la conduite de ceux qui auraient fait prononcer l'indignité contre l'héritier pour défaut de dénonciation, s'ils connaissaient l'existence de son excuse.

Mais si la décision judiciaire qui a prononcé l'exclusion, est passée en force de chose jugée, et ne peut être ni cassée ni rétractée d'aucune manière, la vérité est que

l'exclusion sera elle-même légalement irréparable. Avons-nous besoin d'ajouter toutefois que ceux qui auraient ainsi obtenu la succession à son préjudice, ne pourraient pas moralement, sans déloyauté et sans déshonneur, se dispenser de la lui rendre ! (Art. 1351 ; comp. Duvergier sur Toullier, t. II, n° 112, note *a;* Marcadé, art. 728, n° 71 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 430; Demante, t. III, n° 36 *bis*, III; Taulier, t. III, p. 134.)

268. — En ce qui concerne cette troisième cause d'indignité, il est clair qu'il n'y a lieu à aucune condamnation pénale préalable; et c'est le tribunal civil, saisi de la demande en déclaration d'indignité pour défaut de dénonciation du meurtre du défunt, qui est chargé directement d'en vérifier l'existence.

SECTION III.

QUELS SONT LES EFFETS DE L'INCAPACITÉ ET DE L'INDIGNITÉ ?

SOMMAIRE.

269. — Division.

269. — Cette question générale : *Quels sont les effets de l'incapacité et de l'indignité*, comprend plusieurs questions particulières, que nous nous proposons d'examiner ici spécialement ; à savoir :

A. De quelle manière l'incapacité et l'indignité ont-elles lieu ? Est-ce de plein droit ?

B. A quelle époque l'incapacité et l'indignité peuvent-elles être opposées ? Contre quelles personnes ? Par quelles personnes ? Devant quel tribunal ? Et pendant combien de temps ?

C. Quelles sont enfin les conséquences de l'incapacité et de l'indignité, soit à l'égard des héritiers, soit à l'égard des tiers ?

N° 1.

Des effets de l'incapacité.

SOMMAIRE.

270. — La thèse que nous abordons est très-simple, en ce qui concerne l'incapacité.

L'incapacité, en effet, c'est l'absence des qualités requises pour succéder, c'est le défaut absolu d'aptitude à recueillir; nous l'avons déjà dit, c'est le néant! L'incapable est tout à fait étranger à la succession; il ne saurait la perdre; car il n'a jamais pu l'acquérir; et de là, cette formule ancienne et toujours vraie, que l'incapacité est exclusive de la saisine; la saisine, en effet, n'appartient qu'à l'héritier, et l'incapable n'est pas héritier. On dit bien un héritier indigne (*infra*, n° 274); mais on ne pourrait pas dire un héritier incapable, sans commettre une contradiction et un véritable non-sens.

Cela posé, les différentes questions, que notre sujet renferme, sont par avance résolues.

A. D'abord, de quelle manière a lieu l'incapacité? évidemment de plein droit; car il n'est pas, bien entendu, nécessaire d'agir en justice pour faire déclarer, contre une personne, qu'elle est incapable de recueillir une succession! Si cette personne possède, l'héritier exercera directement contre elle la pétition d'hérédité, c'est-à-dire une véritable revendication; et si c'est elle, au contraire, qui se constitue demanderesse, il est bien clair qu'il suffira de lui répondre qu'elle n'aura aucune espèce de vocation héréditaire, ou plutôt même le défendeur n'aura pas à lui opposer son incapacité; car, c'est à celui qui se prétend

héritier à prouver qu'il est, en effet, héritier, et, par conséquent, qu'il est capable (art. 135, 136); à la différence de l'indignité dont la preuve doit être fournie contre l'héritier par ceux qui la lui opposent.

271. — B. Il en résulte évidemment aussi que l'incapacité peut être opposée non-seulement à l'incapable lui-même, mais à ses héritiers ou successeurs quelconques.

De même qu'elle peut être opposée par quiconque y a intérêt, non-seulement par les héritiers légitimes ou par les successeurs irréguliers, ou par leurs créanciers, en vertu de l'article 1166, mais par les débiteurs héréditaires, par les détenteurs des biens de la succession, qui sont tous également fondés à dire à un incapable, qui les poursuivrait, qu'il n'est qu'un *intrus*, qu'un *prædo* même peut-être, sans droit et sans titre (comp. Demante, *Thémis*, t. VII, p. 6).

Et il importerait peu que l'héritier véritable consentît à accepter un incapable comme son cohéritier; il ne saurait, en effet, par ce consentement, lui conférer la qualité qui lui manque; et les tiers intéressés, tels que les débiteurs héréditaires, n'en seraient pas moins toujours fondés à lui opposer son incapacité (Nîmes, 16 janv. 1850, de Labareyre, Dev., 1850, II, 467).

271 *bis.* — Ce n'est que la prescription trentenaire qui peut protéger l'incapable (art. 2262).

Et comme il s'agit, pour lui, d'une prescription à l'effet d'acquérir, puisqu'il n'a, dans sa personne, aucune autre cause d'acquisition, il faut qu'il ait eu, pendant toute cette durée de temps, la possession nécessaire à l'effet d'acquérir (art. 2229).

272. — C. Enfin, quant aux conséquences de l'incapacité, à l'égard de l'incapable lui-même ou de ses successeurs *in universum jus*, soit à l'égard des tiers, ses ayants cause *in jus singulare*, elles ne sont autres que les conséquences qui dérivent, en général, de la pétition

d'hérédité d'après le droit commun, et que nous avons exposées ailleurs (dans notre t. II, nos 114 et suiv.).

N° 2.

Des effets de l'indignité.

SOMMAIRE.

273. — Des effets de l'indignité chez les Romains.
274. — Dans notre ancienne jurisprudence française.
275. — Quel est, en cette matière, l'état de notre droit nouveau? — A. L'indignité a-t-elle lieu de plein droit, ou doit-elle être prononcée en justice? — Exposition.
276. — Suite.
277. — Suite. — Conclusion.
278. — B. 1° A quelle époque l'indignité peut-elle être demandée?
279. — 2° Contre qui l'exclusion pour cause d'indignité peut-elle être demandée?
280. — Suite.
281. — 3° Par qui la demande en exclusion pour cause d'indignité peut-elle être formée?
282. — Suite.
283. — Suite.
284. — Suite. — L'action en indignité peut-elle être exercée par les créanciers de celui auquel elle appartient?
285. — Celui auquel l'action en indignité appartient peut-il valablement y renoncer?
285 *bis*. — Suite.
286. — L'action en indignité est divisible.
287. — 4° Devant quels tribunaux l'action en indignité doit-elle être portée?
288. — Suite.
289. — 5° Quelle est la durée de l'action en indignité?
290. — C. Quelles sont les conséquences de l'indignité, lorsqu'elle a été prononcée?
291. — La déchéance résultant de l'indignité ne s'applique qu'à la vocation propre et personnelle de l'indigne. — En conséquence, les enfants de l'indigne ne sont pas exclus pour la faute de leur père. — Du cas où ils viennent à la succession de leur chef.
292. — Du cas où les enfants de celui qui a commis un fait auquel la loi attache l'indignité de succéder, ne peuvent venir à la succession que par représentation de leur auteur.
293. — La déchéance résultant de l'indignité s'applique seulement à la succession du défunt, relativement auquel le fait d'indignité a été commis, et aux droits que l'indigne était appelé à y recueillir en sa qualité d'héritier.
293 *bis*. — L'article 730 fait à cette règle une exception, en déclarant que l'indigne ne peut réclamer sur les biens de la succession, dont il est

273. — Chez les Romains, les effets de l'indignité étaient très-différents des effets de l'incapacité. Tandis que l'incapable n'avait, en aucune façon, la qualité d'héritier, l'indigne, au contraire, était héritier; il acquérait la succession; et non-seulement il devenait héritier, mais il demeurait toujours tel, même après son indignité prononcée.

L'effet de cette indignité consistait dans la confiscation, qui était faite, sur la tête de l'héritier, des biens de la succession; c'était le fisc qui la lui enlevait, *indigno aufertur hæreditas;* et cette confiscation même qui s'exerçait contre lui, prouvait bien que c'était à lui, en effet, que la succession appartenait; et s'il ne perdait ainsi que les avantages de l'hérédité, c'était précisément parce qu'il avait et qu'il conservait le titre d'héritier.

De là il resultait :

1° Que l'indigne remplissait son degré et qu'il faisait obstacle au parent du degré subséquent;

2° Que les legs et autres dispositions renfermées dans le testament, qui l'avait institué, étaient maintenus;

3° Et que même on allait jusqu'à maintenir aussi, après que l'hérédité lui avait été enlevée, les effets de la confusion, qui s'était opérée, dans sa personne, au moment de l'adition de l'hérédité : *si quid tamen, ob aditam hæreditatem, actionibus aut servitutibus confusis amiserit, auxilio restitutionis non merebitur* (comp. L. 16, § 2; L. 17; L. 18, § 1, ff. *de his quæ ut indign.*; L. 3, § 4, et L. 14, ff. *de jure fisci*).

274. — Notre ancien droit français avait aussi conservé, à certains égards, le principe de cette différence

entre l'incapacité et l'indignité; et telle est certainement l'origine de cette formule, que nous trouvons dans tous les ouvrages de ce temps, que l'indigne est saisi de la succession, à la différence de l'incapable, qui ne peut évidemment pas l'être.

« Nous considérons l'indigne, disait Lebrun, comme un successeur légitime qui ne peut être privé de ses droits que par la déclaration qui doit être faite en justice de son indignité. » (Liv. III, chap. I, n° 9.)

Et Pothier enseignait de même que : « l'indignité n'a pas lieu de plein droit; qu'elle doit être prononcée. » (*Des Success.*, chap. I, sect. II, § 2; ajout. de Montvallon, tit. I, chap. III, art. 2.)

Toutefois, la jurisprudence française n'avait pas déduit de cette prémisse les conséquences que le droit romain en tirait; on n'a jamais admis, chez nous, que l'indignité de l'héritier dût profiter au fisc; le droit de proposer cette cause d'exclusion était attribué aux cohéritiers de l'indigne ou aux parents des degrés subséquents; et même, à cet effet, c'est-à-dire pour repousser la confiscation, on disait qu'il ne fallait plus distinguer, en France, les indignes d'avec les incapables; mais cette assimilation de l'incapacité et de l'indignité *n'a lieu qu'à l'égard du fisc,* ajoutait Lebrun, *pour empêcher qu'il ne profite d'une succession qui aurait pu appartenir à l'indigne* (*loc. supra cit.*).

D'ailleurs, le principe de la différence entre l'incapacité et l'indignité n'en était pas moins toujours observé, malgré quelques dissidences isolées (que cite de Montvallon, *loc. supra*); et c'était une maxime constante, en effet, dans notre ancien droit français, que l'indignité, à la différence de l'incapacité, n'empêchait pas la saisine; qu'elle n'avait pas lieu de plein droit; et qu'elle devait être demandée et prononcée en justice.

275. — Et maintenant quel est, en cette matière, l'état de notre droit nouveau?

C'est la thèse que nous avons à examiner ici, et que

nous allons appliquer successivemnt aux trois questions que nous avons posées ci-dessus (nº 269).

A. Nous demandons d'abord si l'indignité a lieu de plein droit, ou si elle doit être prononcée en justice?

En d'autres termes, si l'exclusion, qui en dérive, est légale ou judiciaire?

La différence, qui existe entre l'un et l'autre mode d'exclusion, pourrait être comparée à celle que nous avons déjà établie ailleurs, et sur laquelle nous reviendrons encore plus d'une fois, entre une convention *nulle* et une convention *annulable* (*voy.* notre t. III, nºs 240, et suiv.).

Dire qu'une convention est nulle, c'est exprimer cette idée que la nullité a lieu de *plein droit*, c'est-à-dire que cette prétendue convention n'a légalement aucune existence, et qu'il n'est pas nécessaire d'agir en justice pour la faire annuler; car on n'annule pas le néant (art. 1117).

Dire qu'une convention est annulable, c'est, au contraire, exprimer l'idée que cette convention a une existence légale, apparente au moins et provisoire, et qu'il faut agir en justice pour la faire rescinder, annuler ou résoudre (comp. art. 956, 960, 1184).

Et l'un des principaux effets de cette différence, c'est que *la nullité de plein droit* est proposable par quiconque y a intérêt; tandis que *l'annulabilité* ne peut, au contraire, être proposée que par certaines personnes, qui seules ont qualité à cet effet.

De même, si l'on dit que l'indignité a lieu de *plein droit*, il en résultera que l'indigne n'aura pas légalement la qualité d'héritier; qu'il ne sera pas nécessaire d'agir en justice pour faire juger qu'il en est déchu; et que l'indignité, en conséquence, sera proposable, comme l'incapacité, par quiconque y aura intérêt.

Si l'on dit, au contraire, qu'elle n'a pas lieu de plein droit, il en résultera que l'indigne sera héritier légalement; qu'il faudra agir en justice pour lui enlever la succession; et que cette action ne pourra être formée que

par certaines personnes ayant seules qualité à cet effet.

En un mot, d'après la première formule, le titre de l'indigne sera NUL; d'après la seconde, il sera ANNULABLE.

276. — Eh bien donc! son titre est-il nul ou annulable?

Pour soutenir que, sous notre Code, l'indignité, comme l'incapacité, a lieu de plein droit, on pourrait invoquer, soit les textes, soit les principes, et raisonner ainsi :

1° D'une part, le chapitre II de notre titre est intitulé : *Des qualités requises pour succéder;* or, c'est sous cette même rubrique, que ce chapitre traite également de l'incapacité et de l'indignité; donc, le nouveau législateur les a considérées au même point de vue, et comme constituant, l'une et l'autre, l'absence des qualités requises pour succéder.

D'autre part, l'article 727 s'exprime de la façon la plus directe et la plus impérative : *sont indignes de succéder...*, c'est-à-dire absolument comme l'article 725, qui porte : *sont incapables de succéder...;* c'est donc la loi elle-même qui prononce l'indignité aussi bien que l'incapacité; et on ne saurait admettre que cette unique formule exprime deux modes différents d'exclusion.

2° En raison d'ailleurs et en principe, pourquoi en serait-il autrement? Cette différence entre l'incapacité et l'indignité s'expliquait bien autrefois, sous un régime où les causes d'indignité étaient incertaines, mal définies et à peu près arbitraires; il fallait bien alors que le juge intervînt pour les apprécier et les prononcer; mais aujourd'hui que les causes d'indignité sont définies et limitées, cette distinction n'a plus de base; pourquoi, par exemple, la nécessité d'un jugement exprès et spécial sur l'indignité, dans le cas où il existe un arrêt qui a condamné l'héritier pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt? L'indignité est une satisfaction donnée souverainement par le législateur lui-même à la morale publique; et dès que le législateur déclare qu'il refuse la succession

à l'indigne, on ne comprendrait pas qu'il l'y laissât entrer uniquement et, en quelque sorte, tout exprès pour l'en faire sortir! n'est-il pas bien plus simple qu'il lui en ferme, de plein droit, l'accès

En conséquence, cette doctrine conclut que « l'indignité et l'incapacité de succéder sont, en ce cas (du n° 1 de l'article 727), la conséquence directe et nécessaire de l'arrêt devenu souverain...; qu'elles ont donc lieu de plein droit, sans qu'il soit nécessaire de les faire prononcer par les tribunaux civils; que, en présence de la disposition si impérative de l'article 727, on ne saurait concevoir l'intervention du juge civil; intervention inutile là où l'indignité est virtuellement attachée à l'arrêt de condamnation; que dès lors, la succession du *de cujus* passe de plein droit à ses héritiers autres que l'indigne... » (Comp. Bordeaux, 1er déc. 1853, Venayre, Dev., 1854, II, 225; Devilleneuve, Observations, *loc. cit.*, notes 1, 4; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 245; D., *Rec. alph.* (nouv. édit.), v° *Success.*, t. XLI, p. 96, n° 145.)

Nous n'admettons pas cette doctrine :

1° Et d'abord, nous lui ferons une objection qui nous paraît capitale : c'est qu'elle ne peut pas s'appliquer, de son propre aveu, aux trois causes d'indignité décrétées par l'article 727. On l'applique bien à la première; mais quant à la troisième, et même quant à la seconde, on convient qu'elle est d'une application impossible. Il est évident, en effet, que la question de savoir si l'héritier est indigne, parce que, instruit du meurtre du défunt, il ne l'aurait pas dénoncé à la justice, il est, dis-je, évident que cette question, toute de fait, dont les éléments sont nécessairement postérieurs à l'ouverture même de la succession, ne saurait être résolue qu'après un examen spécial, et que par un jugement *ad hoc*. Devilleneuve (*loc. supra cit.*) reconnaît même qu'on peut y ajouter aussi le cas d'accusation capitale jugée calomnieuse; de telle sorte que sur trois causes d'indignité, une seule aurait lieu de

plein droit, tandis qu'il faudrait agir en justice pour faire prononcer les deux autres.

Eh bien ! ceci nous paraît ruiner le système tout entier.

D'une part, en effet, les arguments que ce système a déduits de la rubrique de notre chapitre II et des termes de l'article 727, ces arguments lui échappent nécessairement, ou plutôt ils se retournent contre lui ; car la rubrique du chapitre II et les termes de l'article 727 s'appliquent aux deux dernieres causes d'indignité comme à la première ; et s'ils ne prouvent pas que les deux dernières causes d'indignité aient lieu de plein droit, ils ne peuvent pas davantage fournir cette preuve pour la première cause.

D'autre part, la théorie du Code est évidemment la même pour les trois causes d'indignité, que le Code a, en effet, comprises dans un seul article et dans des termes identiques ; on ne saurait admettre qu'il y ait là deux systèmes différents sur la manière dont l'indignité est encourue ; et il est clair que l'article 727 est l'expression d'un seul et même système.

2° Or, cet unique système nous paraît être précisément le système ancien et traditionnel de ce sujet, à savoir : que l'indigne est héritier, qu'il est saisi ; mais que sa saisine est annulable et résoluble ; en un mot, que l'indignité n'a pas lieu de plein droit.

D'abord, telle est, ainsi que nous venons de le dire, la filiation historique et traditionnelle des idées les plus anciennes sur cette matière (*supra*, nos 273, 274) ; et rien n'annonce que les auteurs du Code Napoléon aient entendu s'en écarter.

Tout au contraire ! ils traitent séparément des incapables et des indignes ; ce qui prouve qu'ils les distinguent, en effet, les uns des autres ; et ils déclarent que les indignes sont *exclus* des successions (art. 727, 729, 730) ; expression, qui suppose précisément, comme dit Demante, *l'idée d'expulsion plutôt que celle d'obstacle à*

l'entrée (t. III, n° 34 *bis*); à la différence de l'incapable, *qui non admittitur*, l'indigne, au contraire, *ejicitur;* c'est en ce sens que Cujas a dit aussi : *indignus potest capere, non retinere;* et la preuve encore que le Code suppose qu'il y a ici déchéance d'un droit et d'une possession qui ont été d'abord acquis, c'est qu'il règle les effets de l'expulsion qui les fera cesser (art. 729); ce qu'il n'a fait nulle part et ce qu'évidemment il ne pouvait pas faire relativement à l'incapable.

3° Il est vrai que cette différence entre l'incapacité, qui a lieu de plein droit, et l'indignité, qui doit être prononcée en justice, était, dans notre ancien droit, d'autant plus nécessaire que les causes d'indignité étaient nombreuses et incertaines; mais elle reposait, en outre, sur un motif plus général, et qui devait la faire maintenir malgré la détermination précise des causes d'indignité; c'est qu'elle est, en effet, conforme à la vérité du fait et à la nature des choses.

L'incapacité, c'est l'absence radicale de toute aptitude pour succéder à qui que ce soit; elle est absolue, *in rem, generaliter*, comme auraient dit les Romains (*voy.* notre t. IX, n° 466).

Bien différente est l'indignité, qui suppose, au contraire, dans la personne de l'indigne, les qualités requises pour succéder, et qui ne l'empêche pas, en effet, de succéder utilement à tout autre qu'à celui envers lequel la cause d'indignité existe; elle est relative, *in personam*, précisément parce qu'elle résulte d'un tort commis par l'héritier envers le *de cujus*. Il faut donc constater l'existence de ce tort, en reconnaître les caractères; et tant que cela n'est pas fait, on conçoit que cet héritier, qui a les qualités requises pour succéder, succède en effet, du moins provisoirement. Cet examen et cette constatation de la cause d'indignité, que l'on reconnaît indispensables dans le cas du n° 3, et même du n° 2 de l'article 727, peuvent d'ailleurs être aussi nécessaires dans le

cas du n° 1 ; c'est la remarque fort juste de notre savant collègue, M. Berthauld, dans la profonde étude qu'il vient de faire *des questions et exceptions préjudicielles en matière criminelle* : « Je ne dis pas, avec la Cour de Bordeaux, que l'indignité et l'incapacité de succéder sont, en ce cas, la conséquence directe de l'arrêt devenu souverain ; qu'elles ont lieu *de plein droit*, sans qu'il soit besoin de les faire prononcer par les tribunaux civils; à mon avis, le juge civil pourrait, par exemple, examiner si le meurtre, déclaré excusable, entraînerait ou n'entraînerait pas l'indignité; lié, quant à la constatation du fait, il conserverait toute sa liberté pour en apprécier les conséquences civiles.... » (n° 96). Et nous avons vu, en effet, que le numéro 1 de l'article 727 peut lui-même soulever, à ce point de vue, des questions délicates et fort sérieuses (*supra*, n°s 229 et suiv.).

En conséquence, nous concluons que l'indignité n'a jamais lieu de plein droit et qu'elle doit être demandée et prononcée en justice. Telle est d'ailleurs la doctrine le plus généralement suivie; mais nous ajoutons que l'on tire aussi généralement de cette doctrine, beaucoup de conséquences, que pour notre part, nous n'admettrons pas, ainsi qu'on le verra bientôt (comp. Delvincourt, t. II, p. 25, note 2; Toullier, t. II, n°s 113, 114; Duranton, t. VI, n°s 65 et 115; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. III, n° 431 ; Demante, t. III, n° 34 *bis* et 37, et *Thémis*, t. VII, p. 9, 11 ; Mourlon, *Rép. écrit.*, t. II, p. 25 ; Marcadé, art. 727, n° 6 ; Dalloz, Observations, 1854, II, 157; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 156; Poujol, art. 727, n° 14; Malpel, n° 35; Rolland de Villargnes, v° *Indignité*, n° 20; Vazeille sur l'article 727, n° 15; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 166; Bauby, *Revue crit. de législation*, 1855, p. 482, 483).

277. — De ce que l'indignité doit être prononcée, ce n'est pas à dire que deux jugements distincts et séparés soient nécessaires, à savoir : l'un, qui déclarerait préala-

blement l'indignité du défendeur; l'autre, qui, en prononçant son exclusion, attribuerait les biens héréditaires, en tout ou en partie, au demandeur.

Bien loin que rien fasse obstacle à ce que la même décision judiciaire qui déclare l'indignité, prononce en même temps l'exclusion de l'héritier indigne, telle en est, au contraire, la conséquence toute simple et même le dispositif nécessaire; car l'indignité étant une fois judiciairement reconnue, il est vrai de dire que c'est en vertu de la loi elle-même que l'indigne est exclu et que ses cohéritiers ou les héritiers du degré subséquent, sont appelés. Ajoutons que le demandeur en indignité n'a intérêt et dès lors qualité pour conclure à l'exclusion de l'indigne, qu'autant qu'il conclut à ce que cette exclusion lui profite à lui-même.

278. — B. Voici maintenant notre second groupe de questions, qui consistent à savoir :

A quelle époque l'indignité peut être demandée? contre qui? par qui? devant quel tribunal? et pendant combien de temps?

1° D'abord, à quelle époque?

D'après la doctrine que nous venons d'adopter, et qui enseigne que l'indignité doit être demandée en justice, il est évident que la demande, à cette fin, ne peut être intentée qu'après l'ouverture de la succession ; et cela, même dans le cas où la cause de l'indignité se serait produite et aurait été judiciairement constatée avant cette ouverture, comme si, par exemple, l'héritier présomptif avait été condamné du vivant de son auteur, pour avoir tenté de lui donner la mort ou pour avoir porté contre lui une accusation capitale jugée calomnieuse; car l'objet de l'action du demandeur en déclaration d'indignité, c'est que l'indigne soit *exclu* de la succession, déchu de la qualité d'héritier, or, on ne peut pas le déclarer exclu d'une succession qui n'est pas ouverte, ni déchu d'une qualité qu'il n'a pas et qu'il ne saurait encore avoir; et

le demandeur qui ne saurait conclure à rien dans son propre intérêt, serait évidemment aussi sans qualité. Notons enfin les articles 791, 1130 et 1600, qui, prohibant toute espèce de pacte sur une succession non ouverte, s'opposeraient énergiquement, d'après la pensée essentielle qui les a dictés, à un semblable procès sur la succession d'un homme vivant!

Devrait-il en être autrement, d'après la doctrine qui enseigne que l'indignité a lieu de plein droit? et résulte-t-il de cette doctrine que l'indignité pourrait être encourue à l'avance, même avant l'ouverture de la succession? tel est le sentiment de l'auteur des observations insérées dans le recueil de MM. Dalloz, à la suite de l'arrêt de la Cour de Bordeaux, du 1er décembre 1853 :

« Si, dit-il, l'indignité existe dès l'époque de la condamnation..., il n'est pas besoin de se préoccuper du point de savoir si l'indigne est mort avant ou après l'ouverture de la succession; dans l'une comme dans l'autre hypothèse, aucun droit de succession ne saurait être exercé de son chef : dans la première, parce qu'il n'est pas permis de représenter un indigne; dans la seconde, parce que l'indigne, privé de tous droits héréditaires, n'a rien transmis à sa succession. » (Dalloz, 1854, II, 157.)

Demante semble également considérer que si on décidait que l'indignité a lieu de plein droit, il en résulterait qu'*elle pourrait être encourue, à l'avance, pour une succession non encore ouverte* (t. III, n° 34 *bis*).

La théorie de l'indignité de plein droit ne nous paraît pas toutefois comporter cette conséquence; on peut voir que l'arrêt de la Cour de Bordeaux, qui consacre cette théorie, ne l'en a nullement tirée; et nous croyons en effet, qu'en aucun cas, et dans aucun système, l'indignité ne peut être encourue avant l'ouverture de la succession.

En effet, quelle que soit la manière dont l'exclusion

pour cause d'indignité s'opère, qu'elle soit légale ou judiciaire, elle suppose toujours nécessairement une relation, un rapport entre l'indigne et la succession; *digne ou indigne*, ces mots-là impliquent une idée de comparaison, qui exige deux termes; digne, en effet, de quoi? indigne, de quoi? or, ces deux termes, cette relation nécessaire, ne peuvent exister qu'après l'ouverture de la succession; donc, avant cette ouverture, il n'y a aucune indignité possible.

Et c'est bien là ce que supposent nos articles 727-730, qui mettent l'indigne en présence de la succession, et qui l'en déclarent *exclu*.

Il faut donc conclure que lors même que la cause de l'indignité aurait été judiciairement constatée avant l'ouverture de la succession, il est toujours impossible que l'indignité elle-même soit encourue avant que la succession soit ouverte; et cette doctrine est de la plus haute importance, comme nous le verrons bientôt; car il en résulte que si celui qui se trouvait dans un cas d'indignité, vient à mourir avant l'ouverture de la succession, cette cause d'indignité dont le germe seulement était dans sa personne, n'aura jamais pu se réaliser, ni produire aucun effet (comp. Delvincourt, t. II, p. 25, note 10; et *infra*, n° 292).

279. — 3° Contre qui l'exclusion pour cause d'indignité peut-elle être demandée?

Cette question est l'une des plus délicates de notre sujet.

Un parti considérable, dans la doctrine, enseigne que l'indignité ne peut être prononcée que contre l'héritier lui-même, vivant et saisi; qu'elle ne peut pas l'être contre ses héritiers; et qu'en conséquence, l'action en indignité s'éteint par sa mort :

1° L'indignité, dit-on, est une peine; et c'est là même l'un des motifs qui font qu'elle n'a pas lieu de plein droit, et qu'elle doit être appliquée par le juge;

Or, les peines ne peuvent atteindre que le coupable, qui doit pouvoir lui-même se défendre et discuter les preuves de la culpabilité qu'on lui impute, et qui, seul, doit être frappé;

Donc, l'indignité ne saurait être demandée et prononcée que contre l'indigne lui-même personnellement; donc, aux termes de l'article 2 du Code d'instruction criminelle, l'action en indignité s'éteint par sa mort;

2° Le Code Napoléon a fait lui-même l'application de ce principe, dans l'article 957, qui porte que *la révocation* (d'une donation entre-vifs pour cause d'ingratitude) *ne pourra être demandée par le donateur contre les héritiers du donataire.*

Or, l'analogie est, de tout point, exacte entre les deux situations; et si l'héritier du donataire ingrat ne doit point encourir directement la révocation que son auteur seul avait méritée, l'héritier de l'indigne ne doit pas davantage être frappé d'une exclusion que l'indigne seul avait mérité d'encourir. Le principe de la personnalité des peines exige, dit-on, dans ces deux cas, la même solution (comp. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. III, n° 431; Demante, t. III, n° 37 *bis*, II; Marcadé, art. 72, n° 6; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 25, 26).

Cette doctrine ne nous paraît pas fondée; et nous croyons, au contraire, pouvoir démontrer que la demande en indignité peut être non-seulement continuée, mais même intentée, pour la première fois, contre les héritiers de l'indigne décédé. Cette démonstration résultera, suivant nous, soit des traditions historiques; soit des principes généraux du droit civil, auxquels il n'a pas été dérogé dans cette matière spéciale; soit enfin des conséquences inadmissibles, qui dériveraient de la théorie, que nous repoussons :

1° Les Romains avaient aussi prévu l'hypothèse où l'héritier viendrait à mourir avant que la cause de son indignité eût été reconnue et déclarée dans sa personne;

et ils s'étaient posé précisément notre question elle-même.

Le jurisconsulte Paul, dans la loi 22, au Digeste, *de senatus-consulto Silaniano*, s'exprimait ainsi :

« ..... Quæro an morte Titiæ extinctum sit crimen?
« Paulus respondit causam, de qua agitur, cum sit pecu-
« niaria, morte ingratæ hæredis extinctam non videri. »

Le jurisconsulte Modestin n'est pas moins explicite dans la loi 9 au Digeste, *de jure fisci* :

« .... Quæro an putes, extincta reâ, cognitionem ap-
« pellationis inducendam, propter hæreditatem quæsi-
« tam? Modestinus respondit, morte reæ crimine extincto,
« persecutionem eorum quæ scelere adquisita probari
« possunt, *fisco* competere posse. » (Ajout. L. 1, ff. *si pend. appellat.*)

Notre ancienne jurisprudence française avait également conservé ces principes :

« C'est une règle, disait Furgole, que la mort éteint le crime (L. 1, 2, 3 et autres du titre du Code : *si reus vel accusator mortuus fuerit*). On demande si l'on peut poursuivre l'action de l'indignité après la mort de celui qui a commis le crime, qui l'a rendu indigne? La loi 9, ff. *de jure fisci* et la loi *Gaius* 20, ff. *de senatus-consulto Silaniano* décident que la poursuite de l'indignité peut être faite et même commencée après la mort de l'indigne, parce qu'il ne s'agit pas de la punition personnelle du défunt, ce que la loi ne permet pas, puisqu'elle déclare le crime éteint, mais d'ôter à ses héritiers un bien, dont leur auteur s'est rendu indigne.... » (*des Testaments*, t. I, chap. VI, sect. III, n° 351).

Bien plus! d'après une doctrine accréditée autrefois par des arrêts, et que plusieurs jurisconsultes ont enseignée, les enfants de l'indigne étaient eux-mêmes exclus personnellement de la succession, *à quelques titres qu'ils pussent venir*, disait Lebrun, soit par représentation, soit même de leur propre chef! (*Des Success.*, liv. III, chap. XI,

n° 10; *voy.* aussi *infra*, n° 292.) C'était là sans doute une dureté extrême, ou plutôt une manifeste injustice, puisque ces enfants étaient traités comme s'ils eussent commis personnellement le fait qui avait causé l'indignité de leur auteur! certes, le principe de la personnalité des peines était par là profondément méconnu. Aussi, d'autres jurisconsultes s'étaient-ils élevés contre cette rigueur : *Ce qui me paraît souffrir quelque difficulté*, disait Pothier (*des Success.*, chap. I, sect. II, § 2); et Bouhier signalait plus énergiquement cette doctrine comme *contraire à la raison et à l'équité* (sur la cout. de Bourgogne, chap. II, n° 71; Merlin, *Rép.*, v° *Représentation*, sect. III, § 6). Mais l'excès même de cette rigueur n'en témoigne que d'une façon de plus en plus certaine, que rien ne s'opposait, dans notre ancien droit, à ce que les héritiers de l'indigne fussent privés, après sa mort, de la succession, dont leur auteur devait être exclu, et qu'ils n'avaient recueillie que *par droit de transmission*, puisque ses enfants étaient eux-mêmes exclus de cette succession, de quelque manière qu'ils voulussent y venir, non-seulement par droit de transmission ou de représentation, mais même de leur propre chef!

Voilà les traditions historiques de notre sujet.

2° Ces traditions, d'ailleurs, sont conformes aux principes généraux du droit civil, en tant, bien entendu, que l'on se bornait à enlever aux héritiers de l'indigne la succession, qu'ils avaient reçue de leur auteur *par droit de transmission*.

La règle générale, en effet, c'est que les héritiers succèdent à toutes les obligations de leur auteur, et que les mêmes actions, qui pouvaient être formées contre lui, peuvent être, après sa mort, formées contre eux (art. 724, 873, 1220); et cette règle doit être maintenue, à moins d'une dérogation exceptionnelle, qui ne peut résulter que d'un texte de loi ou des principes essentiels de quelque matière spéciale;

Or, d'une part, aucun texte ne dispose que la demande en indignité ne pourra être formée que contre l'indigne lui-même; et d'autre part, il n'y a rien dans les principes particuliers de ce sujet, qui commande cette exception;

Donc, nous demeurons, en cette matière, sous l'empire du droit commun, qui rend les héritiers passibles de toutes les actions auxquelles leur auteur était lui-même exposé.

Qu'aucun texte de notre Code ne limite la demande en indignité à la personne de l'indigne lui-même, cela est certain; car nos articles 727 et suivants n'offrent aucune disposition semblable à celle de l'article 957; or, cette différence des textes est très-significative; si, en effet, le législateur avait voulu appliquer à la demande en exclusion d'une succession pour cause d'indignité le même principe qu'à la demande en révocation d'une donation entre-vifs pour cause d'ingratitude, il aurait certainement formulé cette exception dans un cas comme dans l'autre.

Cette exception, qui n'est pas écrite, résulte-t-elle du moins des principes essentiels et particuliers de notre sujet? pas davantage! — L'indignité, dit-on, est une peine! — Oh! sans doute, la loi, qui déclare l'indigne exclu de la succession, se propose, sous un certain point de vue, de le punir par cette déchéance; mais, après tout, cette exclusion ne constitue qu'une déchéance de droits héréditaires, prononcée par la loi civile. La vérité est donc qu'elle n'est pas une *peine*, dans le sens technique de ce mot; et lorsque l'on invoque l'article 2 du Code d'instruction criminelle, qui porte que *l'action publique pour l'application de la peine s'éteint par la mort du prévenu* (comp. Demante, *loc. supra cit.*), lorsque, disons-nous, on invoque cet article pour en conclure que l'action en exclusion de la succession pour cause d'indignité s'éteint par la mort de l'indigne, il nous semble que

l'on confond deux ordres de principes tout à fait différents; car l'indignité n'est pas une peine, dans l'acception de ce mot, d'après notre droit criminel; et lors même que nous concéderions qu'elle présente un caractère de pénalité tout autre que ce caractère de pénalité purement civile qui la distingue, il ne s'ensuivrait pas encore qu'elle ne pourrait pas être prononcée contre les héritiers de l'indigne; car, s'il est vrai que la peine suit le coupable *et ne le passe pas,* suivant le mot de Lebrun, cela ne s'entend que des applications en effet pénales, à savoir : des amendes et des confiscations spéciales; or, dans notre droit français, l'exclusion de la succession pour cause d'indignité n'a jamais présenté ce caractère; si on enlève la succession à l'indigne, c'est pour qu'il ne s'enrichisse pas à l'occasion de son méfait, ou quelquefois par le résultat même de ce méfait; et, cette raison est également juste et morale à l'égard de ses héritiers, qui ne doivent pas pouvoir s'enrichir du fruit des crimes de leur auteur.... *ne alieno scelere ditentur* (L. 1, *Code ex delict. defuncti.*).

On objecte que les rédacteurs du Code Napoléon ont eux-mêmes ainsi restreint le principe de la personnalité des peines, dans une matière civile, qui offre avec celle-ci la plus étroite ressemblance, à savoir : la révocation de la donation entre-vifs pour cause d'ingratitude. Mais d'abord, nous avons déjà répondu qu'il y a, dans cette matière, un texte formel (art. 957), et qu'il n'y en a aucun dans la nôtre; et en outre, il nous paraît certain que le législateur n'a point entendu régir ces deux sujets par les mêmes principes :

Ainsi :

A. Le donateur peut pardonner au donataire ingrat; tandis qu'aucun pardon ne peut effacer, devant la loi, le tort de l'héritier indigne (*supra*, n° 226);

B. Le donataire ingrat n'est tenu de restituer les fruits *qu'à compter du jour de la demande* (art. 958); tandis que

l'héritier indigne doit rendre tous les fruits *depuis l'ouverture de la succession* (art. 729);

C. La demande en révocation pour cause d'ingratitude doit être formée dans l'année à compter du jour du délit, etc. (art. 957); tandis que la demande en déclaration d'indignité peut être formée dans les trente ans, qui suivent l'ouverture de la succession (*infra*, n° 289).

Autant de différences capitales entre la révocation, d'une donation pour cause d'ingratitude, et l'exclusion d'une succession pour cause d'indignité, qui prouvent que le législateur ne s'est point placé, dans ces deux cas, au même point de vue, et qu'il a considéré la révocation pour cause d'ingratitude en quelque sorte comme une affaire personnelle entre le donateur et le donataire, entre l'offenseur et l'offensé; tandis qu'il a lui-même prononcé l'indignité dans un but de morale publique et de réparation exemplaire!

3° Enfin la doctrine, que nous combattons, produirait, avons-nous dit, des conséquences véritablement inadmissibles, que la Cour de Bordeaux a parfaitement mises en relief :

« Attendu que le système soutenu par les époux Venayre, conduirait aux conséquences les plus choquantes et les plus injustes; qu'ainsi, alors qu'aucune prescription exceptionnelle n'est établie contre les héritiers pour se prévaloir du droit que leur donne l'article 727 contre leur cohéritier indigne et *incapable* de succéder[1], il arriverait que dans le cas de non pourvoi de la part du condamné à une peine afflictive et infamante, emportant mort civile (ou naturelle), le délai pour l'exercice de leur droit n'aurait que le court espace de temps qui s'écoule entre le jugement de condamnation et son exécution; qu'il arriverait encore que des successibles absents ou ayant un domicile éloigné, se trouveraient privés sans

1. Nous n'admettons pas cette formule. *Supra* nos 275, 276.

nul motif raisonnable, du bénéfice de la loi; — que si, au contraire, le meurtrier, traité avec plus d'indulgence, n'avait été condamné qu'à une peine temporaire n'entraînant pas la mort, l'exercice de l'action durerait trente ans; de telle sorte que plus le châtiment serait rigoureux, moins la déclaration d'indignité aurait d'énergie.... » (1[er] déc. 1853, Venayre, Dev., 1854, II, 225).

Et non-seulement, cette doctrine aurait souvent pour résultat d'assurer l'impunité de l'héritier indigne; nous ajoutons que l'on devrait craindre encore qu'elle n'enhardît et ne provoquât les plus criminels desseins! Supposez qu'un homme ruiné, ayant des enfants, conçoive l'abominable projet de conquérir par l'assassinat, pour sa propre famille, la fortune de son frère, riche et sans enfants. Ne pourrait-il pas, dans le système que nous combattons, faire cet odieux calcul : ou il ne sera pas condamné comme l'assassin de son frère; et alors, la succession lui est acquise à lui-même; ou, au contraire, une condamnation sera prononcée contre lui; et, dans ce cas, il pourra rendre impossible la prononciation de son indignité par le suicide, assurant ainsi, à ses enfants, la succession de sa victime!

Demante a lui-même signalé ce danger, lorsqu'il a dit que *la vue de l'intérêt de ses enfants suffira peut-être pour exciter le père à commettre le crime* (T. III, n° 39 *bis*, I).

Nos anciens s'en étaient aussi beaucoup préoccupés : *L'union naturelle qu'il y a entre le père et le fils*, disait Lebrun, *est telle qu'il est impossible de s'imaginer que le crime du père lui soit infructueux, quand il profite actuellement à ses enfants.* (*Des Succes.*, livr. III, chap. IX, n° 10). Et voilà pourquoi ils punissaient directement les enfants eux-mêmes, comme s'ils eussent été indignes! C'était là, sans doute, un excès de prévoyance, qui devenait une injustice; mais il ne faut pas non plus que nous tombions aujourd'hui dans un excès d'imprévoyance et de faiblesse! C'est déjà bien assez que la condamnation cri-

minelle doive être préalablement prononcée contre l'héritier lui-même, pour que la demande en indignité puisse être formée; car nous avons déjà remarqué que la mort de l'héritier avant les poursuites et même pendant les débats criminels, pourra ainsi rendre plus d'une fois impossible la déclaration de son indignité (*supra*, n° 222). Du moins, ne faut-il pas aggraver un tel péril, en allant jusqu'à dire que cette déclaration ne pourrait pas être prononcée contre ses héritiers, lors même qu'il ne serait mort qu'après avoir été condamné comme meurtrier du *de cujus*, et lorsque son crime et la cause de son indignité auraient été ainsi proclamés publiquement par arrêt de justice!

Tout se réunit donc, suivant nous, pour établir que la demande en indignité peut être formée contre les héritiers de l'indigne (comp. Devilleneuve, Observations sur l'arrêt précité de la Cour de Bordeaux, 1854, II, 225; J. Bauby, *Revue crit. de législ.*, 1855, p. 481; Merlin, Toullier, Delvincourt, Chabot, Zachariæ, Taulier, n'ont pas, il est vrai, prévu directement cette question même; mais en enseignant, comme nous le verrons bientôt (*infra*, n° 292) que les enfants de l'indigne prédécédé ne peuvent pas le représenter dans la succession dont son indignité aurait pu le faire exclure, s'il eût survécu à son ouverture, il est clair que ces jurisconsultes autoriseraient, *a fortiori*, la demande en indignité contre les enfants de l'indigne décédé depuis l'ouverture de la succession, afin de leur faire restituer les biens qu'ils auraient reçus, par transmission, du chef de l'héritier indigne).

280. — Au reste, si l'on admettait que l'indignité ne peut pas être demandée contre les héritiers de l'indigne, nous croyons que cette doctrine devrait être absolue, et qu'il n'y aurait pas lieu d'excepter, ainsi que quelques-uns l'ont enseigné, le cas où la demande en indignité aurait été formée contre l'indigne, pour en conclure que

l'instance pourrait alors être continuée contre ses héritiers. Nous établirons plus tard, en effet, que, d'après l'article 957, sur lequel cette doctrine se fonde, la révocation de la donation entre-vifs pour cause d'ingratitude ne peut jamais être prononcée contre les héritiers du donataire, lors même que la demande en aurait été formée contre le donataire lui-même, s'il arrive que celui-ci décède *pendente lite* (comp. Mourlon, *Rép. écrit.*, t. II, p. 25; Bauby, *loc. supra cit.*).

281. — 3° L'action en indignité a pour but de faire déclarer l'héritier exclu de la succession (art. 727, 729).

Or, d'une part, pour former une demande en justice, il faut avoir intérêt; d'autre part, ceux-là seuls ont intérêt, dans notre hypothèse, qui profiteront de l'exclusion de l'héritier déclaré indigne, et qui obtiendront, à sa place, tout ou partie de la succession;

Donc, la demande en indignité ne peut être formée que par ceux auxquels la succession pourrait appartenir par le résultat de cette demande.

Telle est, en effet, la règle.

Au premier rang des intéressés se présentent les cohéritiers de l'indigne ou les parents du degré subséquent dans sa ligne, ou à défaut de parents dans la ligne à laquelle il appartient, les parents de l'autre ligne jusqu'au douzième degré (art. 755, 786).

Les sucesseurs irréguliers peuvent, d'ailleurs, comme les héritiers légitimes, former aussi cette demande; si bien qu'un parent légitime du défunt, le fils même né de son mariage, pourrait être ainsi exclu par un enfant naturel reconnu, ou même par l'État!

282. — Les donataires et les légataires du *de cujus* seraient également recevables à former l'action en indignité contre l'héritier qui, ayant droit à une réserve, prétendrait leur faire subir une réduction.

Car la réserve n'est due qu'à celui qui est héritier; et, en conséquence, les donataires et les légataires ont inté-

rêt à faire déclarer cet héritier déchu de son titre et à le faire exclure de la succession, puisque le résultat de cette exclusion sera de leur faire conserver les biens qui leur ont été donnés ou légués par le *de cujus*, soit en les préservant entièrement de la réduction, soit du moins en ne leur faisant subir qu'une réduction moins forte que celle à laquelle ils seraient soumis, si l'indignité n'était pas prononcée contre l'héritier à réserve, ou contre l'un des héritiers à réserve (comp. Chabot sur l'article 727, n° 21; Duranton, t. VI, n° 119; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 113, note *a*; Taulier, t. III, p. 436; Marcadé, art. 728, n° 7).

283. — Que cette action soit transmissible aux héritiers ou successeurs universels de ceux auxquels elle appartenait, lors que ceux-ci sont décédés étant encore dans le délai utile pour l'exercer, cela ne fait aucun doute; car cette action se trouve alors dans leur succession; et il n'y a aucun motif pour prétendre qu'elle soit héréditairement intransmissible (arg. *a fortiori* de l'article 957, 2e alinéa).

284. — Mais c'est, au contraire, une question controversée que celle de savoir si l'action en indignité peut être exercée par les créanciers de celui auquel elle appartient.

Plusieurs jurisconsultes tiennent pour la négative :

S'il est vrai, dit-on, qu'en règle générale, les créanciers peuvent exercer les droits et actions de leur débiteur, l'article 1166 en excepte *ceux qui sont exclusivement attachés à la personne;* or, tel est bien le caractère d'une demande en indignité, qui se compose surtout d'éléments d'un ordre moral, dont l'exercice est subordonné à des considérations tout à fait intimes de ménagements, de délicatesse et d'honneur, et que l'on ne pourrait livrer aux créanciers sans faire violence aux plus nobles sentiments et sans porter le trouble et le désordre dans les familles; donc, c'est là une action que peuvent seuls faire valoir

les membres de la famille, ou du moins ceux qui peuvent leur être assimilés, à raison des liens de reconnaissance qui les attachent au défunt, comme les donataires et légataires de celui-ci (comp. Chabot, art. 727, n° 21; Duranton, t. VI, n° 120; Marcadé, art. 727, n° 7; Taulier, t. III, p. 136; D., *Rec. alph.*, v° *Succession*, p. 277, n° 20; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 240).

Nous croyons, pour notre part, que cette doctrine méconnaît le véritable caractère de l'action en indignité. Ce n'est point, en effet, directement ni principalement, dans l'intérêt privé de ceux auxquels il l'accorde, que le législateur a institué cette action; ce n'est point à eux qu'il a voulu donner une satisfaction; c'est à la morale publique et au bon ordre de la société! A ce point de vue, l'action en indignité tient donc, sous certains rapports, à l'ordre public; et encore bien qu'elle ne puisse être exercée que dans un intérêt individuel, il n'en est pas moins vrai qu'elle a pour but une réparation exemplaire, et que la loi qui la prononce souverainement dans ce but, ne peut pas être entendue en ce sens qu'elle ait voulu en subordonner la légitimité et la justice à l'appréciation privée de celui auquel elle l'attribue.

Cette action existe donc dans son patrimoine; et quels que puissent être, à lui, ses scrupules, le législateur déclare toujours, d'une manière absolue, que l'action en indignité est dans ses biens, et qu'elle y forme une véritable pétition d'hérédité; donc, ses créanciers ont le droit de l'exercer en son nom (comp. Favard, *Rép.*, v° *Indignité*, n° 11, Vazeille, art. 727, n° 15; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 167; Mourlon, *Rép. écrit.*, t. II, p. 25).

285. — Aussi, peut-on mettre, suivant nous, sérieusement en question si celui auquel l'action en indignité appartient, peut valablement y renoncer, et si la renonciation, expresse ou tacite, gratuite ou intéressée, qu'il y ferait, aurait pour résultat :

Soit d'empêcher ses créanciers de l'exercer ensuite;

Soit d'empêcher ses cohéritiers ou les héritiers du degré subséquent de l'exercer, en entier, pour leur propre compte.

Il faut toutefois que nous convenions que la validité de cette renonciation semble être généralement reconnue; si bien que quelques-uns ne paraissent pas y avoir trouvé même seulement l'apparence d'un d'un doute (comp. Duranton, t. VI, n° 120; Marcadé, art. 828, n° 77).

Il est une hypothèse où il n'y aurait pas, en effet, suivant nous, de difficulté, à savoir : celle où l'héritier, auquel l'action en indignité appartenait, l'aurait lui-même exercée loyalement et de bonne foi, comme il aurait cru de son meilleur intérêt de le faire; tel serait, par exemple, le cas où il aurait transigé avec l'héritier contre lequel l'action en indignité pouvait être exercée avec plus ou moins de difficultés, et avec des chances de succès plus ou moins douteuses (arg de l'article 2046); il aurait alors, en effet, épuisé le droit; et ni lui même, ni ses créanciers en son nom, ni aucun autre, ne pourraient prétendre exercer une action qui n'existe plus. Il en serait de même encore si, après avoir formé la demande en indignité, il laissait passer en force de chose jugée la décision qui l'aurait déclaré non recevable (comp. Cass., 14 déc. 1813, Fraissinhes, Sirey, 1814, 1, 66).

285 *bis*. — Mais supposons que celui auquel l'action en indignité appartient, ne l'ait, au contraire, nullement exercée, et qu'il ait pris une attitude telle, qu'il demeure évident que, sans vouloir former lui-même la demande, son but direct et essentiel est d'empêcher toute autre personne de la former.

Cette renonciation pure et simple, cette abstention absolue, sera-t-elle valable et obligatoire?

Pour l'affirmative, on peut dire : 1° Que chacun est libre de renoncer à son intérêt privé, et que l'action en indignité ne concerne, après tout, dans ses résultats pécuniaires, que l'intérêt particulier de ceux auxquels la loi

l'attribue; 2° que si le *de cujus* ne peut point d'avance effacer l'indignité par le pardon, le motif principal en est que ce serait là une sorte de pacte sur une succession future (*supra*, n° 226); mais que cet obstacle n'existe plus en face de la succession désormais ouverte; 3° que la doctrine contraire est empreinte d'un sentiment d'implacable haine, qui pouvait être conforme aux idées de la société ancienne, où l'on voulait *qu'il y eût toujours un vengeur inexorable des embûches domestiques et des crimes du dehors* (Lebrun, liv. III, chap. IX, n° 24), mais qui répugne à nos mœurs actuelles, plus douces et plus humaines, et qu'elle exciterait dans les familles la plus déplorable émulation de cupidité; qu'il serait odieux, par exemple, de voir un parent, très-éloigné peut-être, reprocher au fils de l'héritier de ne pas poursuivre l'indignité de son père, et venir lui-même intenter le procès pour s'emparer de la succession; 4° enfin, que la loi est ainsi faite, que le parent le plus éloigné n'a pas intérêt, ni par conséquent qualité pour exercer l'action en indignité, lors même que le parent plus proche ne l'exerce pas, puisque ce parent plus éloigné ne l'exercerait finalement que dans l'intérêt du parent plus proche, qui serait fondé à dire qu'il ne renonçait à l'exercer qu'afin de laisser la succession à l'héritier indigne, mais que si celui-ci ne doit pas la conserver, il entend la recueillir lui-même en vertu de sa vocation héréditaire (comp. Demante, t. III, n° 30 *bis*, I).

Ces considérations sont très-graves, assurément; et pourtant, nous gardons encore nos doutes.

On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent les bonnes mœurs et l'ordre public (art. 6); or, tel est certainement le caractère de la loi qui déclare certaines causes d'indignité de succéder; donc, aucune volonté privée ne doit pouvoir s'élever au-dessus de cette loi, ni en paralyser la puissance. Il est vrai que c'est à ceux qui doivent profiter de l'exclusion de l'indigne, que la loi a remis l'action en indignité; et il se

pourra que leur silence, pendant la durée de cette action, ait pour résultat d'assurer la succession à l'indigne; mais ce résultat, Demante lui-même en convient (*loc. supra*), ne repose pas sur l'idée de pardon; et la preuve en est qu'il se produit également à l'égard des peines, qui sont l'objet de l'action publique, et qui se trouvent aussi prescrites, après un certain temps, par l'inaction du ministère public. Autre chose est le pardon, par lequel celui à qui l'action en indignité appartient, déclarerait qu'il entend ne pas l'exercer! Que serait, en effet, ce pardon, sinon une sorte de protestation, soit contre la loi qui a décrété l'indignité, soit contre la condamnation qui aurait été prononcée contre l'héritier? si celui auquel l'action en indignité appartient, ne blâme pas, en effet, la loi ni la condamnation, mais qu'il lui répugne seulement d'exercer lui-même une telle demande (et nous comprenons que ses scrupules et ses répugnances pourront être bien naturels et même fort honorables), eh bien! qu'il s'abstienne personnellement; il en est libre, en tant qu'il s'agit de lui-même et de sa propre initiative. Mais ce qui nous paraît difficile à admettre, c'est qu'il puisse rendre absolument vaine la puissance de la loi, et qu'il arrive à ce résultat que l'action en indignité, que la loi déclare ouverte, demeure là intacte et entière, et pourtant stérile et paralysée, sans être exercée par lui et sans pouvoir être exercée néanmoins par aucun autre!

De là, nous conclurions que, malgré sa renonciation, ses creanciers seraient fondés à former la demande en indignité (arg. des articles 788 et 2225). M. Duranton objecte *que ce n'est point là une renonciation faite au préjudice des créanciers, puisque la succession n'était point échue à leur débiteur* (t. VI, n° 120). Cette objection, qui aurait pu être bonne chez les Romains, qui n'admettaient l'action Paulienne qu'à l'égard des actes par lesquels le débiteur avait diminué son patrimoine (L. 6, § 2, ff. *quæ in fraud. credit.*), cette objection nous paraît aujourd'hui sans valeur;

car l'article 1167 admet les créanciers à faire annuler sans distinction *les actes* faits par leur débiteur en fraude de leurs droits (comp. art. 788, 1464); et d'ailleurs, l'action en indignité elle-même appartenait, bien entendu, au débiteur, or, c'est précisément cette action que ses créanciers demandent à exercer (*supra* n° 284).

Nous conclurions encore que si le parent auquel l'action en indignité appartient, ne l'exerce pas, cette action pourra être exercée, soit par ses cohéritiers pour le tout, soit par les parents du degré subséquent. L'action en indignité a pour but, en effet, d'obtenir la succession; et il semble dès lors rationnel d'appliquer à cette action les mêmes règles d'accroissement et de dévolution qu'à la succession elle-même (art. 786). *Is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur* (L. 15, ff. *de div. reg. juris*). C'est ainsi que la Cour de cassation, dans l'arrêt que nous avons déjà cité (*supra*, n° 285), a posé ce principe : que *un seul des cohéritiers peut former l'action en indignité, et que seul il doit profiter de toute la succession, si les autres cohéritiers refusent de se joindre à lui pour l'exercice de cette action.*

Il est vrai que le parent plus éloigné n'aura pas qualité, tant qu'il n'aura pas intérêt, et qu'il n'a pas d'intérêt, tant que le parent plus proche aura le droit de venir à la succession, si l'indigne en est écarté. Mais c'est précisément cette attitude négative, ce rôle d'abstention tout passif, que le parent plus proche ne nous paraîtrait pas pouvoir garder; et nous croyons que le parent plus éloigné pourra, en exerçant lui-même l'action en indignité, mettre en cause le parent le plus proche, afin qu'il ait à déclarer s'il entend, oui ou non, exercer cette action ou renoncer à son bénéfice (comp. Delvincourt, t. II, p. 25, note 12).

Le même droit appartiendrait à l'un des cohéritiers de l'indigne contre ses autres cohéritiers, ou même à un parent du degré subséquent contre l'unique cohéritier de l'indigne; mais il faut toutefois que nous convenions que, dans

ce dernier cas, une conséquence singulière résultera de la doctrine que nous proposons, à savoir : que le parent plus éloigné, qui aura fait exclure l'indigne pour la part, pour la moitié, par exemple, à laquelle il était appelé, que ce parent plus éloigné se trouvera concourir avec le cohéritier de l'indigne, parent plus proche, qui, bien entendu, aura le droit de conserver sa part héréditaire, la moitié dans notre espèce, quoiqu'il ait refusé de demander la part de son cohéritier indigne.

Tout ceci prouve que cette manière aurait mérité que le législateur s'en occupât avec plus de détails.

286. — Au reste, l'action en indignité nous paraît très-divisible, en ce sens que chacun de ceux auxquels la loi l'attribue, peut ne l'exercer que pour sa part; et si, en effet, le demandeur n'a conclu contre l'indigne que jusqu'à concurrence de la part à laquelle il est appelé à son défaut, le surplus des biens doit rester à l'indigne, tant qu'un nouveau jugement ne l'aura pas aussi condamné à les délaisser (comp. L. 23, § 2, et L. 24, ff. *de inoffic. testam.*; art. 1217; Cass., 14 déc. 1813, Fraissinhes, Sirey, 1814, I, 66; Delvincourt, t. II, p. 25; note 12; Marcadé; art. 728, n° 77).

287. — 4° Régulièrement, la demande en déclaration d'indignité doit être portée devant les tribunaux civils; car elle est une action civile, ayant pour objet des intérêts pécuniaires; et le tribunal compétent pour en connaître, est celui du domicile de l'héritier; car elle est une action personnelle, qui a pour cause, effectivement, un fait personnel du défendeur (art. 59, Code de procéd.).

Si cependant l'indignité était demandée, non point par action principale, mais incidemment à une demande en partage ou sur une action en pétition d'hérédité (comme il arrivera fort souvent en cas pareil), elle serait de la compétence du tribunal saisi de la demande principale, c'est-à-dire celui du domicile du défunt (art. 110, Code Napol.; art. 59, Code de procéd.; Duranton, t. VI,

n° 116; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 112, note *a*; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. III, n° 431).

288. — Demante enseigne que « lorsque l'indignité devra se baser sur une condamnation (article 727-1°), et que la succession sera déjà ouverte au moment de l'exercice de l'action publique tendant à cette condamnation, l'action en exclusion pourra, comme l'action en réparation du dommage, être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique, aux termes de l'article 3 du Code d'instruction criminelle. » (T. III, n° 37 *bis*, II.)

Et l'on peut dire, en effet, que la demande à fin d'exclusion de la succession contre celui qui vient d'être condamné précisément pour avoir donné la mort au *de cujus*, se rapproche, à certains égards, de la demande en réparation du dommage, en ce qu'elle tend à empêcher que le coupable ne recueille le fruit de son crime et les dépouilles de sa victime.

289. — 5° Quelle est la durée de l'action en indignité?

La réponse est très-simple :

D'après l'article 2262, toutes les actions tant réelles que personnelles, durent trente ans, à moins qu'un texte n'en ait disposé autrement (article 2264); or, aucun texte n'a limité à une moindre durée l'action en indignité; donc, cette action est régie par l'article 2262.

Il est vrai que l'article 1304 dispose que l'action en nullité ou en rescision d'une convention dure seulement dix ans, et que l'un des motifs de cette abréviation de la durée de la prescription a été que ces sortes d'actions nécessitent des examens de faits et des preuves qu'un plus long intervalle de temps pourrait rendre très-difficiles et souvent même impossibles; or, d'une part, l'action en indignité offre certainement aussi le caractère d'une action en rescision, puisqu'elle tend à faire rescinder le titre d'héritier contre l'indigne; et, d'autre part, elle exige aussi, surtout dans le cas du n° 3 de l'article 727, un exa-

men de faits et une appréciation de circonstances, qui, par l'éloignement du temps, deviendraient toujours fort difficiles.

Ce qui résulte de ce rapprochement, c'est que le législateur aurait pu abréger peut-être aussi la durée de l'action en indignité; mais la vérité est qu'il ne l'a pas fait; et de simples considérations d'analogie ne sauraient nous autoriser à nous écarter de la règle générale consacrée par l'article 2262; d'autant moins qu'à un autre point de vue, cette action présente aussi le caractère d'une pétition d'hérédité, laquelle dure certainement trente ans (comp. Bordeaux, 1er déc. 1853, Venayre, Dev., 1854, II, 225; Duranton, t. VI, n° 117; Demante, t. III, n° 37 *bis*, IV).

290. — C. Il nous reste à examiner quelles sont les conséquences de l'indignité, lorsqu'elle a été prononcée.

Mais, avant tout, nous devons poser ici deux propositions importantes, à savoir :

D'une part, que la déchéance qui résulte de l'indignité prononcée ne s'applique qu'à la vocation héréditaire propre et personnelle de l'indigne;

Et, d'autre part, que cette déchéance n'affecte que les droits qui auraient appartenu à l'indigne, en qualité d'héritier, dans la succession seulement, dont il a été exclu.

291. — Et d'abord, disons-nous, la déchéance résultant de l'indignité, ne s'applique qu'à la vocation propre et personnelle de l'indigne.

Ce principe est écrit dans l'article 730 en ces termes :

« Les enfants de l'indigne, venant à la succession de « leur chef, et sans le secours de la représentation, ne « sont pas exclus pour la faute de leur père ; mais celui- « ci ne peut, en aucun cas, réclamer, sur les biens de « cette succession, l'usufruit que la loi accorde aux père « et mère sur les biens de leurs enfants. »

Dans notre ancien droit, au contraire, les enfants de

l'indigne étaient eux-mêmes directement exclus; l'indignité de leur père les privait de leur vocation héréditaire propre et personnelle. Telle était, ainsi que nous l'avons déjà dit, la doctrine que des arrêts avaient consacrée et que les jurisconsultes les plus accrédités enseignaient (*supra*, n° 279).

Doctrine exagérée et inhumaine, que l'article 730 a précisément pour but d'abroger, lorsqu'il déclare qu'il ne faut pas que *les enfants soient exclus pour la faute de leur père*. Voilà en quel sens notre Code a consacré, dans cette matière, le principe de la personnalité de la peine; non point, comme on l'a prétendu, en ce sens que l'indignité ne puisse pas être prononcée contre les enfants de l'indigne, dans le cas où ceux-ci ne pourraient conserver la succession que du chef de leur auteur et par droit de transmission (*supra*, n° 279); mais en ce sens qu'ils ne peuvent pas être atteints eux-mêmes directement, par l'effet de l'indignité de leur père, dans leur vocation héréditaire propre et personnelle.

Rien de plus clair ni de plus facile, lorsque l'indigne, ayant survécu à l'ouverture de la succession, ses enfants y viendront eux-mêmes de leur chef, en vertu de leur propre degré de parenté.

Primus, par exemple, a été condamné pour avoir donné la mort à son frère; et celui-ci avait pour héritier présomptif soit Primus seulement, soit Primus et un autre frère Secundus. Il n'est pas douteux que, dans le premier cas, les enfants de Primus, s'il était seul héritier, pourront venir de leur chef à la succession de leur oncle; et, dans le second cas, qu'ils pourront y venir également, si Secundus, l'autre frère du défunt, renonce ou est lui-même indigne (art. 750).

Il en serait de même, dans le cas où un fils aurait été déclaré indigne de recueillir la succession de son père; les enfants de ce fils pourraient certainement venir à la succession de leur aïeul, s'ils y étaient appelés eux-mêmes

de leur propre chef, soit parce que le *de cujus* ne laisserait pas d'autre enfant, soit parce que ses autres enfants seraient aussi indignes ou renonçants (art. 745).

292. — Mais, supposons que celui qui a commis un fait auquel la loi attache l'indignité de succéder, soit mort avant l'ouverture de la succession.

Ses enfants, s'ils ne pouvaient pas venir de leur chef, pourraient-ils venir par droit de représentation?

Primus, par exemple, a été condamné pour avoir tenté de donner la mort à Secundus, son père ou son frère, ou pour avoir porté contre lui une accusation capitale jugée calomnieuse. Il est mort avant Secundus; et lorsque celui-ci décède ensuite, nous trouvons dans sa parenté, d'une part, les enfants de Primus prédécédé, petits-enfants ou neveux du *de cujus*, et, d'autre part, Tertius, autre fils ou autre frère survivant de ce *de cujus*, qui accepte la succession.

Les enfants de Primus ne peuvent pas évidemment venir de leur chef, en vertu de leur degré de parenté, à la succession de Secundus, leur aïeul ou oncle, en concours avec Tertius, fils ou frère du défunt, puisque celui-ci, se trouvant plus rapproché qu'eux par le degré dans le même ordre de parenté, les exclurait ainsi nécessairement.

Mais peuvent-ils y venir par représentation de Primus, leur père prédécédé? (Art. 740, 742).

Question délicate et fort controversée.

Pour soutenir que la représentation est, dans ce cas, impossible, voici les arguments que l'on emploie:

1° Le texte même de l'article 730 tranche, dit-on, la question en ce sens de la manière la plus explicite.

En effet, lorsqu'il déclare que les enfants de l'indigne, venant à la succession de leur chef, et *sans le secours de la représentation*, ne sont pas exclus pour la faute de leur père, c'est-à-dire lorsqu'il leur refuse spécialement, dans ce cas particulier, le bénéfice de la représentation, cet

article suppose nécessairement que la représentation d'ailleurs serait admissible d'après la règle générale; autrement, cette disposition n'aurait aucun sens; car il était bien évident que les enfants de l'indigne ne pourraient pas le représenter, dans le cas où la représentation n'est pas admissible même au profit des enfants de celui qui n'est pas indigne; d'où il suit que l'article 730 dispose pour l'hypothèse où la représentation aurait été possible d'après le droit commun, et qu'il en refuse précisément le bénéfice aux enfants de l'indigne, à cause de l'indignité de leur père.

Or, la représentation n'aurait été possible, d'après le droit commun, au profit des enfants de l'indigne que dans le cas où leur père serait mort avant l'ouverture de la succession, puisque aux termes de l'article 744, on ne représente pas les personnes vivantes. Si, en effet, les enfants de l'indigne vivant ne peuvent pas le représenter, ce n'est point parce qu'il est indigne; c'est par un autre motif, bien plus décisif vraiment! et qui ne permet même pas d'en apporter aucun autre; c'est parce qu'il est vivant! c'est parce que sa place n'est pas vacante!

Donc, c'est précisément et uniquement pour le cas de prédécès de l'indigne que l'article 730 a été fait, le seul cas où cet article soit susceptible d'avoir un sens et une application.

2° On ajoute que cette disposition est conforme aux principes en matière de représentation.

Le représentant, en effet, ne peut avoir que les droits que le représenté aurait eus, s'il fût venu lui-même à la succession (art. 739); et voilà pourquoi, d'après l'article 848, le fils qui vient par représentation, doit rapporter ce qui avait été donné à son père, même dans le cas où il aurait répudié sa succession: *qui alterius jure utitur, eodem jure uti debet;*

Or, l'indigne, s'il eût survécu, n'aurait pu conserver aucune part de la succession;

Donc, ses enfants n'en peuvent demander non plus, à sa représentation, aucune part; donc, on pourra *prouver l'indignité contre les descendants de l'indigne pour les priver du bénéfice de la représentation* (comp. Delvincourt, t. II, p. 25, note 13; Merlin, *Rép.*, v° *Représentation*, sect. IV, § 3, n° 7; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 176 et 184; Taulier, t. III, p. 138; D., *Rec. alph.* (nouv. édit.), v° *Success.*, t. XLI, p. 198, n° 60; Devilleneuve sur l'arrêt de Bordeaux du 1er déc. 1853, 1854, II, 225, note 5).

Nous n'admettons pas cette doctrine, et nous croyons pouvoir démontrer qu'elle est contraire : soit aux principes en matière d'indignité; soit aux principes en matière de représentation; soit à la pensée essentielle, qui a inspiré la disposition de l'article 730; et cette démonstration établie, il nous sera facile de prouver que cet article, en effet, ne dit pas ce que l'on a voulu lui faire dire :

1° Nous avons vu plus haut que l'indignité ne peut pas être encourue, lorsque le parent qui a commis l'un des faits auquel la loi l'attache, est décédé avant l'ouverture de la succession de celui envers lequel il s'était rendu coupable (*supra*, n° 278);

Or, précisément, ce n'est que dans cette hypothèse même et sous cette condition, c'est-à-dire qu'autant que leur père est prédécédé, que les enfants peuvent venir le représenter (art. 744);

Donc, la prétendue indignité du représenté ne saurait jamais être un obstacle à la représentation; car il n'a jamais été ni pu être atteint par l'indignité. Pour pouvoir être un héritier indigne, il faut nécessairement d'abord être héritier : *prius oportet esse quam esse tale !* et, sous ce rapport, ces mots de l'article 730 : *les enfants de l'indigne*, prouvent déjà que le législateur ne s'occupe que du cas où l'*indigne* a survécu à l'ouverture de la succession.

2° Les principes de la représentation ne sont pas moins

contraires que les principes de l'indignité, à la thèse que nous combattons.

C'est, en effet, comme nous l'établirons bientôt, le représentant lui-même, directement et personnellement, qui est appelé à la succession; c'est lui, enfin, qui est héritier; ce n'est pas, bien entendu, le représenté, puisqu'il est mort avant l'ouverture de la succession;

Or, c'est dans la personne de celui-là même qui succède, dans sa personne uniquement, et non point ailleurs, qu'il faut chercher s'il a les qualités requises pour succéder, s'il n'est ni incapable ni indigne (art. 725, 726, 727);

Donc, ce n'est point du chef du représenté, qui n'est susceptible d'aucune qualité quelconque, puisqu'il est aujourd'hui le néant, qu'il faut apprécier si celui qui vient à la succession, est capable et non indigne; c'est uniquement du chef du représentant, qui seul est héritier et qui seul peut l'être! Et la preuve en est que si l'enfant du délinquant prédécédé s'était lui-même rendu indigne de la succession, il ne pourrait pas y venir, même par représentation de son père (comp. Marcadé, art. 730, n° 3).

On objecte que le représentant ne peut avoir que les droits que le représenté aurait eus. Cela est vrai, en ce sens que la loi lui accorde la même portion héréditaire, la même quotité; et voilà pourquoi elle l'oblige à rapporter les dons qui auraient été faits par le *de cujus* au représenté (art. 848). Mais autre chose est le *quantum* des biens que le représenté obtient, en vertu de la représentation; autre chose, la vocation héréditaire en vertu de laquelle il les obtient; car s'il n'obtient que les droits que le représenté aurait eus, il les obtient en vertu d'une vocation héréditaire qui lui est exclusivement propre et personnelle, et dont le résultat, sous ce rapport, est uniquement de déroger en sa faveur, à la règle de la proximité des degrés.

Comment! les enfants pouvaient (lorsque la mort ci-

vile existait) représenter leur père mort civilement, c'est-à-dire, dans un cas où il était incapable de recueillir une sucession quelconque; et ils ne pourraient pas le représenter, dans le cas où il aurait commis un fait qui aurait été susceptible de le rendre indigne, s'il avait survécu à l'ouverture de la succession, c'est-à-dire à raison d'une cause toute relative et particulière, qui n'a d'ailleurs existé qu'en germe et qui n'a jamais pu produire son effet!

3° Enfin, cette thèse nous paraît directement en opposition avec la pensée essentielle qui a dicté l'article 730. Quelle est cette pensée? L'article la formule lui-même en termes très-clairs; c'est qu'il ne veut pas que *les enfants soient exclus par la faute de leur père;* or, il est évident que les enfants seraient atteints par la faute de leur père, dans leur vocation héréditaire propre et personnelle, s'ils étaient privés du bénéfice de la représentation, bénéfice, nous le répétons, que la loi leur confère à eux-mêmes, directement et personnellement; car, si leur père n'eût pas été dans un cas possible d'indignité, ils l'auraient représenté, malgré son incapacité, ou plutôt à cause même de son incapacité; donc, si on les empêche de le représenter, c'est à cause seulement de l'indignité qu'il aurait pu encourir lui-même, s'il eût survécu, et dont ses enfants alors porteraient seuls la peine.

Notre ancienne jurisprudence française avait, en ce sujet, poussé la rigueur, et il faut bien le dire, l'injustice, jusqu'à en exclure les enfants, lors même qu'ils venaient de leur propre chef. Eh bien! même sous ce régime, il s'était trouvé des jurisconsultes qui voulaient que les enfants n'en eussent pas moins droit au bénéfice de la représentation, *par le moyen de laquelle*, disait Bouhier, *la succession du défunt passe immédiatement au représentant sans passer sur la tête du représenté* (sur la cout. de Bourgogne, chap. LXXIII, n° 71; *voy.* aussi Pothier, *loc. infra cit.*).

Or, il est impossible que le législateur nouveau, qui a précisément voulu abroger les duretés de l'ancien droit, se soit montré, en ce point, plus rigoureux et plus inhumain qu'on ne l'était autrefois!

4° Aussi n'est-ce point là ce qui résulte des termes de l'article 730. Nous avons remarqué déjà qu'en se servant de ces mots : *les enfants de* L'INDIGNE, cet article suppose nécessairement que celui-ci a survécu à l'ouverture de la succession. Ajoutons que la preuve en résulte manifestement aussi de la disposition finale de l'article, d'après laquelle l'indigne ne peut, en aucun cas, réclamer sur les biens de la succession, l'usufruit que la loi accorde aux père et mère sur les biens de leurs enfants; donc, on suppose que l'indigne est vivant, puisqu'on lui enlève l'usufruit légal des biens de la succession dévolue à ses enfants.

Mais, dit-on, dans ce système, ces mots de l'article 730 : *sans le secours de la représentation*, deviennent complétement inutiles.

Nous ferons à ce moyen deux réponses :

La première, c'est qu'il vaut encore mieux reconnaître dans la loi une inexactitude de rédaction, qu'une disposition contraire à l'équité et aux principes; or, cette inexactitude est ici démontrée; et il s'en trouve d'ailleurs, dans notre titre même, d'autres exemples bien plus frappants encore. C'est ainsi que l'article 787 dispose qu'*on ne vient jamais par représentation d'un héritier qui a renoncé;* c'est-à-dire que voilà une disposition spéciale, faite tout exprès pour nous dire ce que l'article 744 avait déjà formellement déclaré, *qu'on ne représente pas les personnes vivantes*. Faut-il s'étonner si fort, après cela, de trouver une inutilité de ce genre dans une phrase purement incidente, dans une simple incise de notre article 730, qui précède, dans l'ordre du Code, les articles où sont posées les règles de la représentation?

Notre seconde réponse, c'est que très-vraisemblablement, ces mots de l'article 730 auront été empruntés par

les rédacteurs de notre Code au *Traité des Successions* de Pothier. Voici effectivement en quels termes Pothier, après avoir examiné cette question même, formulait sa conclusion : *C'est pourquoi on doit décider que les enfants de l'indigne ne peuvent succéder par représentation, lorsqu'il est vivant, mais qu'ils le peuvent, lorsqu'il est précédé* (*des Success.*, chap. II, sect. I, § 2). Telle est évidemment la pensée des auteurs de notre article, qui avaient peut-être sous les yeux, en le rédigeant ainsi, le passage que nous venons de citer. Notez que, dans l'ancien droit, le représentant était également tenu de rapporter les dons que le représenté avait reçus du *de cujus;* les articles 307 de la coutume d'Orléans, et 308 de la coutume de Paris, renfermaient, sur ce point, la même règle que notre article 848; et cette règle n'empêchait pas Pothier d'accorder le bénéfice de la représentation aux enfants de celui qui aurait pu être déclaré indigne, s'il avait survécu à l'ouverture de la succession (comp. Duvergier sur Toullier, t. III, n° 712, note *b;* Favard de Langlade, v° *Success.*, sect. II, § 4; Duranton, qui, après avoir embrassé la doctrine contraire, est revenu à celle-ci dans sa dernière édition, t. VI, n° 131; Demante, t. III, n° 39 *bis*, II; Marcadé, art. 730, n° 85; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 435 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 247).

Plusieurs jurisconsultes s'expriment sur ce sujet d'une façon équivoque; et en même temps qu'ils enseignent que les enfants de l'indigne ne peuvent venir que de leur chef et sans le secours de la représentation, ils semblent néanmoins supposer toujours que l'indigne a survécu à l'ouverture de la succession. La cour de Bordeaux dans son arrêt du 8 décembre 1853 (Venayre, D., 1854, II, 157), paraîtrait avoir fait aussi cette confusion; car dans l'espèce de l'arrêt, l'indigne avait survécu au *de cujus*. Il est clair que de tels documents ne sauraient avoir beaucoup d'autorité dans la question (comp. Chabot, art. 730, n° 1).

Nous pouvons enfin ajouter que le Code autrichien (art. 541), et le Code de la Louisiane (art. 897), disposent formellement que les enfants de ceux qui se sont rendus indignes, peuvent les représenter (Anthoine de Saint-Joseph, Concordance, p. 38).

293. — Nous avons dit, en second lieu (*supra*, n° 290), que la déchéance, résultant de l'indignité, s'appliquait :

1° A la succession seulement du défunt, relativement auquel le fait d'indignité avait été commis;

2° Dans cette succession, aux droits seulement que l'indigne était appelé à recueillir en sa qualité d'héritier.

Et cela est logique; ce n'est, en effet, que de cette succession déterminément que l'indigne est exclu comme héritier (art. 727); il ne doit perdre, en conséquence, que les droits qui sont relatifs à cette succession, et ceux-là seulement qu'il y avait *jure hæredis*.

293 *bis*. — Toutefois, l'article 730 apporte à cette règle une exception notable, lorsqu'il dispose que l'indigne ne peut, en aucun cas, réclamer, sur les biens de cette succession, l'usufruit que la loi accorde aux père et mère sur les biens de leurs enfants. On conçoit que le législateur, qui ne voulait pas, ainsi que le faisait notre ancien droit, exclure les enfants pour la faute de leur père, n'ait pas voulu non plus que la vocation des enfants profitât immédiatement à celui-ci; et il n'a pas dès lors permis que l'indigne retirât un bénéfice de cette succession, même en sa qualité de père et en vertu de son usufruit légal. Cette disposition est bien justifiée sans doute; mais, enfin, c'est là une exception, qui ne saurait être étendue.

294. — Et d'abord, disons-nous, il est évident que l'exclusion résultant de l'indignité est uniquement relative, comme la cause d'où elle procède, à la succession du défunt, vis-à-vis duquel l'héritier a commis l'un des faits prévus par l'article 727.

L'indigne peut donc recueillir toute autre succession, soit de son chef, soit même par représentation de celui de la succession duquel il a été exclu comme indigne. C'est en ce sens que Pothier écrivait que *l'exhérédation ne fait pas perdre les droits de famille* (*des Success.*, chap. I, sect. II, art. 4, quest. 4). Nous pouvons en dire autant de l'indignité.

Que celui qui a été déclaré indigne de recueillir une sucession, puisse ensuite, de son chef, recueillir une autre succession, cela est manifeste.

Nous ajoutons même qu'il pourra la recueillir par représentation de celui de la succession duquel il a été exclu comme indigne. Ce n'est pas, en effet, du représenté, que le représentant tient ses droits ; et la preuve en est qu'on peut représenter celui à la succession duquel on a renoncé (art. 744). C'est la loi elle-même, qui appelle le représentant et qui le rend directement et personnellement héritier de celui à la succession duquel elle l'appelle, en lui faisant occuper le degré vacant par le prédécès du parent qui aurait été le plus proche; or, de ce que le représentant a été exclu comme indigne de la succession du représenté, aucun texte de loi ne déduit la conséquence que la représentation soit impossible; et cette conséquence ne résulte pas davantage des principes de ce sujet. Si donc, par exemple, un fils a été exclu comme indigne de la succession de son père, rien ne fera néanmoins plus tard obstacle à ce qu'il vienne à la succession de son aïeul, c'est-à-dire du père de son père, par représentation de celui-ci (comp. Duranton, t. VI, n° 132; Marcadé, art. 730, n° 87).

295. — D'où il suit que, même en admettant la doctrine que nous avons combattue plus haut (n° 292), et d'après laquelle, en cas de prédécès de leur père avant l'ouverture d'une succession, les enfants ne pourraient pas le représenter dans cette succession, dont il aurait pu être déclaré indigne, s'il avait survécu ; en admettant,

disons-nous, cette doctrine, il faudrait encore décider que ses enfants pourraient le représenter dans toute autre succession. Et cela est d'évidence, puisque ce n'est pas dans la succession de celui vis-à-vis duquel leur père avait commis un fait d'indignité, qu'ils auraient trouvé le bénéfice de la représentation, ce bénéfice leur étant conféré directement par la loi elle-même.

Si donc on suppose que Primus s'est rendn indigne de succéder à Secundus, son père, lequel a encore lui-même son père, Tertius, et que Primus vienne à mourir avant Secundus, son père, et Tertius, son aïeul, l'enfant qu'il laissera, pourra certainement, dans tous les systèmes, venir à la succession de Tertius, son bisaïeul, par représentation de Primus, son père, et de Secundus, son aïeul. On lui opposerait en vain que Primus, son père, aurait été indigne de succéder à Secundus, son propre père, et son aïeul à lui; car il s'agit, nous le supposons, non pas de la succession de Secundus, mais de celle de Tertius; et Primus, quant à la succession de Tertius, son aïeul, n'aurait pas été indigne (comp. Duranton, t. VI, n[os] 132, 133; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 239).

296. — Et l'indigne pourrait recueillir toute autre succession, lors même que la succession, de laquelle il aurait été exclu pour cause d'indignité, se trouverait dans la succession nouvelle, à laquelle il serait appelé.

Ainsi, par exemple, Primus a été exclu, comme indigne, de la succession de Secundus, son père; et cette succession a été recueillie par Tertius, son oncle, frère de Secundus.

Primus pourra certainement, comme héritier de Tertius, son oncle, recueillir tous les biens provenant de la sucession de Secundus, son père.

C'est ainsi que les Romains décidaient que celui qui a été déclaré indigne de la succession de Titius, pour avoir attaqué le testament de celui-ci, peut ensuite succéder à Sempronius, qui a recueilli la succession de Titius :

Quia non principaliter in Titii hæreditatem succedit (L. 7, ff. *de his quæ ut indig.*).

Il paraît toutefois que notre ancienne jurisprudence se montrait, à cet égard, plus sévère ; et plusieurs voulaient que le meurtrier ne pût jamais profiter ni *directement* ni *indirectement*, du moins quant aux immeubles, de la succession de celui à qui il avait donné la mort ; on n'en exceptait que le meurtre commis *in casu permisso* (comp. Lebrun, liv. III, chap. IX, n[os] 7-9 ; Lacombe, v° *Indignité*, n° 5 ; *voy.* toutefois Pothier, *des Success.*, chap. II, sect. II, art. 4, quest. 4).

Mais aujourd'hui notre règle ne comporte aucune de ces distinctions : *hæreditas adita jam non est hæreditas, sed patrimonium hæredis ;* d'autant plus que notre droit nouveau n'admet désormais aucune recherche sur l'origine des biens pour en régler la succession (art. 732).

297. — Supposons même l'hypothèse suivante :

Primus a été exclu, pour cause d'indignité, d'une succession, qui a été recueillie, en son lieu et place, par ses enfants mineurs.

L'un d'eux, venant ensuite à mourir sans enfants, il arrivera ceci : que non-seulement Primus recueillera sa part comme héritier, dans la succession de son enfant décédé, mais qu'il aura même l'usufruit légal de la part héréditaire qui sera dévolue à ses autres enfants, si ceux-ci sont mineurs de dix-huit ans (art. 384). Vainement lui opposerait-on l'art. 730 ; car, il ne s'agit plus de l'usufruit des biens de la succession dont il a été exclu comme indigne ; il s'agit de la succession de son enfant, dont il est si peu exclu comme indigne, qu'il en a lui-même recueilli sa part comme héritier.

298. — Pareillement, voilà une femme mariée sous le régime de la communauté, et dont les enfants, mineurs de dix-huit ans, recueillent une succession, de laquelle elle est exclue pour cause d'indignité ; il est clair que son mari, le père des enfants, n'en aura pas moins, lui,

l'usufruit légal des biens de la succession qu'ils recueillent; et pourtant, il arrivera ainsi que la mère elle-même profitera de cet usufruit que l'article 730 lui refuse; qu'elle en profitera, disons-nous, puisqu'elle partagera la communauté enrichie des fruits et revenus de cette succession. Il est vrai; mais elle n'en profitera ni comme héritière, *jure hæredis*, ni comme ayant elle-même l'usufruit légal; elle en profitera en vertu de ses conventions matrimoniales, dont son indignité, toute relative aux biens de la succession elle-même, ne saurait altérer les effets à son préjudice. Ce qu'il faut dire seulement, c'est qu'elle n'aurait pas droit elle-même à l'usufruit légal sur les biens de la succession, si l'usufruit du père venait à cesser (art. 370; comp. Demante, t. III, n° 39 *bis*, III).

299. — L'indigne est privé de tous les droits, qu'il aurait eus, *jure hæredis*, dans la succession du *de cujus;* de tous ceux-là, mais rien que de ceux-là.

De tous ceux-là, disons-nous; et, par conséquent, l'indigne, fût-il réservataire, n'en sera pas moins privé de toute part; car la réserve est dans la succession, et ne se peut obtenir que *jure hæredis* (art. 913, 915, 921, etc.).

Rien que de ceux-là; et dès lors, il faut en conclure que l'indignité n'emporte pas contre lui la révocation des donations entre-vifs, que le *de cujus* aurait pu lui faire, même par avancement d'hoirie.

Que ces donations ne soient pas soumises au rapport, cela est certain; car le rapport n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier (art. 843, 857); or, l'indigne, une fois l'indignité prononcée, est réputé n'avoir pas été héritier, pas plus que s'il avait renoncé (art. 785 et 845).

Ces donations pourraient donc être seulement révoquées pour cause d'ingratitude, d'après le droit commun en cette matière (art. 955, 956, 957); et par conséquent, il faudrait, pour cela, qu'elles n'eussent pas été faites en faveur de mariage (art. 959).

On ne saurait nier toutefois que ces principes ne puissent produire des résultats fort regrettables; il pourrait arriver ainsi, par exemple (d'après la jurisprudence nouvelle), que l'enfant indigne et ingrat conservât, malgré son indignité déclarée, la réserve et la quotité disponible!

MM. Devilleneuve et Dalloz sembleraient penser que ces résultats sont impossibles; car, à l'occasion d'un arrêt de la Cour de Bordeaux, que nous avons plusieurs fois cité, et qui a déclaré révoquée une donation faite à l'indigne par le *de cujus,* nos savants confrères s'expriment ainsi :

« Ces décisions nous paraissent une juste conséquence du principe qui domine cette matière, *et qui ne veut pas qu'aucune portion de la succession de la victime passe à l'indigne ou à ses représentants.* » (Devilleneuve, 1854, II, 227, note 6, 7.)

Cette décision n'est que l'application incontestable des principes en matière de succession. (Dalloz, 1854, II, 158, note 2.)

Mais nous croyons que les principes en matière de succession, n'amènent, au contraire, aucune conséquence semblable, et que, d'après ces principes, l'indigne, atteint seulement comme héritier, ne peut pas être atteint comme donataire (art. 727).

Aussi, dans l'espèce jugée par l'arrêt de Bordeaux, est-il à remarquer que la donation avait été faite par l'auteur de la succession à l'indigne, sous la condition du droit de retour au profit du donateur pour le cas de prédécès du donataire; et si la Cour a déclaré la donation résolue, ce n'est point en vertu des principes en matière de succession, mais bien par le motif que le donateur, *par le crime commis sur la personne de sa mère* (qu'il avait assassinée), *a détruit les chances de survie ouvertes en faveur de cette dernière, et rendu impossible l'accomplissement de la condition qui pouvait donner ouverture au droit*

de retour; de telle sorte que cette condition doit, aux termes de l'article 1178, *être considérée comme accomplie.* (*Voy.* à cet égard le numéro suivant.)

300. — De même, l'indigne n'est pas privé des biens, que celui de la succession duquel il a été exclu, était tenu de lui rendre en vertu d'une substitution permise (art. 1048, 1049); car ces biens-là, il les recueille, non pas comme héritier du grevé, *a gravato*, mais comme donataire ou légataire de l'auteur de la substitution, A GRAVANTE (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. I, n° 94; Pothier, *des Success.*, chap. I, sect. II, art. 4, § 1, quest. 4).

Et puisqu'il n'est pas non plus donataire ni légataire du *de cujus*, en ce qui concerne cette substitution, la révocation n'en pourrait pas être demandée pour cause d'ingratitude envers lui.

Ce que l'on pourrait donc faire seulement, en cas pareil, serait : soit de demander contre l'appelé des dommages-intérêts du chef de la succession du grevé; soit même, dans le cas où l'appelé aurait donné la mort au grevé, d'appliquer la doctrine consacrée par l'arrêt précité de la Cour de Bordeaux, et de déclarer le droit de l'appelé caduc, parce qu'ayant détruit, par son crime, les chances de survie en faveur du grevé, il serait désormais non recevable à prétendre que la condition de sa propre survie a pu s'accomplir (*supra*, n° 299).

Et encore, ce dernier moyen, sur lequel la Cour de Bordeaux s'est fondé, serait-il fort contestable, surtout s'il y avait d'autres appelés au profit desquels la substitution s'ouvrirait. Il nous paraîtrait de dangereuse conséquence de posêr en principe que la condition s'étant accomplie par un fait coupable du créancier ou du propriétaire, celui-ci doit être déchu de sa créance ou de sa propriété. Et le plus sûr serait encore, en considérant que la substitution est ouverte, de ne voir ici qu'une question de dommages-intérêts.

301. — Maintenant que nous avons déterminé les limites dans lesquelles doivent être renfermées les conséquences de l'indignité, examinons quelles sont ces conséquences, soit à l'égard des héritiers, soit à l'égard des tiers.

A. — A l'égard de ses cohéritiers, ou des héritiers du degré subséquent, ou des légataires ou donataires dans certains cas (art. 1004), en un mot, *à l'égard de ses adversaires*, comme dit Ducaurroy (t. III, n° 433), l'héritier déclaré indigne est réputé n'avoir jamais eu la qualité d'héritier, ni par suite la propriété des biens de la succession. Sous ce point de vue, la résolution de son titre est complète; et elle rétroagit au jour même de l'ouverture de la succession (arg. de l'article 1183; comp. Rouen, 21 prairial an VIII, Piel; Rouen, 2 messidor an XIII, Piel, Dev., et Carr., *Collect. nouv.*, 2, II, 60 et 66).

Nous avons vu qu'à Rome il en était autrement, et que l'indignité prononcée n'effaçait pas la qualité indélébile d'héritier dans la personne de l'indigne (*supra*, n° 273).

Notre ancienne jurisprudence avait même gardé encore quelque trace de la règle romaine; et c'est ainsi que plusieurs auteurs, appliquant les principes de l'indignité aux dispositions à titre gratuit, décidaient que le légataire institué en premier ordre, quoiqu'il fût exclu comme indigne, n'en faisait pas moins obstacle à l'ouverture de la substitution vulgaire au profit du légataire institué en second ordre (comp. Julien, Inst., liv. II, tit. XV; de Montvallon, *des Success.*, chap. III, art. 2).

Nous croyons que l'on devrait, au contraire, aujourd'hui déclarer ouverte, en cas pareil, la substitution vulgaire, quoique pourtant il y ait lieu seulement, en matière de dispositions testamentaires, non pas à l'exclusion pour cause d'indignité, mais à la révocation pour cause d'ingratitude. Nous reviendrons d'ailleurs sur ce point (comp. art. 898, 1046, 1047; Cass., 22 juin 1847, Gouthey, Dev., 1847, I, 673).

Par un arrêt encore plus récent, la Cour de cassation a de nouveau consacré la même doctrine dans une formule qui nous paraît excellente, et dont nous adoptons, de tout point, les termes :

« Attendu.... que la déclaration d'indignité, *semblable, pour ses effets, à l'incapacité*, faisant disparaître complétement la disposition testamentaire et la rendant caduque, il s'ensuit que le droit d'accroissement s'est ouvert au profit de l'autre colégataire.... » (13 nov. 1855, Labargue, D., 1856, I, 185; comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. I, n° 84).

302. — Le titre de l'héritier indigne étant ainsi résolu, *ut ex tunc*, vis-à-vis de ses adversaires, il s'ensuit qu'il est tenu de leur restituer :

1° Tous les biens héréditaires ou toute la part qu'il a eue dans ces biens;

2° Tous les fruits et intérêts qu'il en a retirés.

1° Il est tenu de rendre, disons-nous, tous les biens héréditaires avec leurs dépendances et leurs accroissements.

Rien de moins ; car il ne doit garder aucun profit de la succession dont il est exclu (comp. Lyon, 12 janv. 1864, Crépin, Dev. 1864, II, 28);

Rien de plus ; car ceux qui le font exclure, ne doivent pas s'enrichir aux dépens de ses biens personnels.

302 *bis*. — Les Romains pourtant décidaient que les droits réels ou personnels, qui existaient au profit de l'indigne contre la succession, et que la confusion avait éteints, ne devaient pas revivre : *confusas actiones restitui non oportet* (L. 8, L. 17, L. 18, § 1, ff. *de his quæ ut indign.*; L. 29, § 1, ff, *de jure fisci*).

C'était là une conséquence du principe, d'après lequel l'indigne conservait le titre d'héritier ; conséquence d'une rigueur excessive, quoiqu'elle fût tempérée par des chances de réciprocité, puisque les actions de la succession contre l'indigne qui auraient été éteintes par confu-

sion, ne paraissaient pas non plus devoir renaître (*supra*, n° 273).

Aussi, notre ancien droit français n'avait-il pas admis cette conséquence; et c'est précisément à cette occasion que les auteurs écrivaient « qu'il n'y a que la propriété incommutable qui produise une confusion pareillement incommutable. » (Lebrun et son annotateur Espiard, liv. III, chap. IX, n° 25 ; Rousseau de la Combe, v° *Indignité*, n° 10.)

Et il ne faut pas davantage hésiter à dire aujourd'hui que tous les droits personnels et réels, que la confusion momentanée avait éteints, soit du chef de la succession contre l'indigne, soit du chef de l'indigne contre la succession, renaîtraient, de part et d'autre, après l'indignité prononcée (comp. art. 1300, 2177; Toullier, t. III, n° 116; Duranton, t. VI, n°s 124, 125; Chabot, sur l'article 730, n° 3; Malpel, n° 58; Demante, t. III, n° 38 *bis*, III; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 433; Marcadé, art. 729, n° 3; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, n° 174; Massé et Vergé, *eod.*, t. II, p. 247).

303. — Que l'indigne exclu de la succession ne puisse plus ni poursuivre les débiteurs héréditaires, ni être poursuivi par les créanciers ou par les légataires, ce n'est là qu'une conséquence naturelle de la résolution de son titre; et il y a d'autant moins de difficulté à la reconnaître dans notre droit français, que les Romains eux-mêmes décidaient que l'indigne, quoiqu'il conservât le titre d'héritier, et que les effets de la confusion fussent maintenus, ne demeurait plus néanmoins sous le poids des charges héréditaires : *onus æris alieni non spectare convenit* (L. 18, § 1, ff. *de his quæ ut indign.*; Demante, t. III, n° 39 *bis*, II; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 247).

304. — En ce qui concerne les améliorations et les dégradations faites par l'indigne sur les biens héréditaires, il faut suivre les règles du droit commun qui sont

observées dans toutes les autres circonstances semblables, où un règlement de ce genre s'établit entre le propriétaire revendiquant et le possesseur évincé, en remarquant que le législateur paraît ici considérer l'indigne comme un possesseur de mauvaise foi (comp. notre t. II, n°s 218, 219, et notre t. IX, n°s 586 et suiv.; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 773, et t. I, p. 467).

305. — 2° Relativement aux fruits et aux intérêts, l'article 729 s'exprime en ces termes :

« L'héritier exclu de la succession pour cause d'in-« dignité, est tenu de rendre tous les fruits et les reve-« nus dont il a eu la jouissance depuis l'ouverture de la « succession. »

Sous ces mots : *tous les fruits et les revenus*, il faut comprendre, en effet, tous les fruits, soit naturels ou industriels, soit civils, tels que loyers des maisons, arrérages des rentes, intérêts des capitaux placés, que l'héritier aurait touchés depuis l'ouverture de la succession ; car la volonté de la loi est certainement de lui enlever tout le bénéfice de son titre, comme elle fait à l'égard des possesseurs de mauvaise foi (art. 138 et 549).

Et à ce sujet, nous avons déjà remarqué la différence qui existe entre l'exclusion d'une succession pour cause d'indignité, et la révocation d'une donation entre-vifs pour cause d'ingratitude; car, aux termes de l'article 958, le donataire ne doit, au contraire, les fruits qu'à compter du jour de la demande (*supra*, n° 279).

306. — L'indigne devrait-il restituer les fruits et les intérêts par lui perçus depuis l'ouverture de la succession, même au cas où la cause de l'indignité n'aurait pris naissance dans sa personne que postérieurement à cette ouverture; lorsque, par exemple, dans le cas prévu par l'article 727, n° 3, il n'aurait eu connaissance du meurtre du défunt, ou encore lorsqu'il n'aurait atteint sa majorité que depuis le décès du *de cujus?*

Le texte absolu de l'article 729 ne nous paraît comporter, sur ce point, aucune distinction.

On peut objecter, en droit, que l'héritier étant de bonne foi, tant que la cause d'indignité n'existait pas en lui, a dû gagner les fruits qu'il percevait, non pas seulement comme possesseur, mais même comme propriétaire; et en fait, que la solution qui l'obligerait à la restitution de ces fruits, serait d'une rigueur excessive, puisqu'il serait possible qu'il les eût déjà consommés, et qu'il se trouvât ainsi fort appauvri dans ses propres biens, et ruiné même peut-être. (Comp. Marcadé, art. 729, n° 82).

Nous répondrons, encore une fois, que le texte l'oblige, sans distinction, à restituer, dans tous les cas, les fruits *depuis l'ouverture de la succession*, parce qu'en effet la pensée de la loi est qu'il doit toujours restituer l'hérédité *cum omni causa*, et que, après tout, si cette disposition peut avoir des conséquences rigoureuses, il ne tient qu'à l'héritier de les éviter, en dénonçant le meurtre du défunt, c'est-à-dire en ne se rendant pas indigne. *Sibi imputare debet;* et voilà bien ce qui le différencie des possesseurs de bonne foi ordinaires, qui n'auraient aucun moyen de se soustraire à ces restitutions arréragées, s'ils y étaient soumis (comp. Demante, t. III, n° 28 *bis*, I; Mourlon, *Rép. écrit.*, t. II, p. 26).

307. — Il est une opinion qui enseigne que l'indigne doit les intérêts de toutes les sommes capitales provenant de l'actif héréditaire, du remboursement des capitaux ou des rentes, du prix des biens vendus, etc., à partir des époques où il les a touchées, lors même qu'il les aurait gardées entre ses mains : le motif en est, dit-on, d'une part, que l'indigne est légalement considéré comme un possesseur de mauvaise foi; et que, d'autre part, le possesseur de mauvaise foi est constitué en demeure, de plein droit, par la réception de la chose, aux termes des articles 1302 et 1378 (comp. Domat, *Lois civ.*, liv. I,

tit. I, sect. III, nº 12; Merlin, *Rép.*, vº *Indignité*, nº 15; Duranton, t. VI, nº 123; Marcadé, art. 729, nº 2; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 173; Vazeille, art. 729, nº 1).

Nous croyons, au contraire, que les intérêts de ces sommes ne seraient dus par l'indigne que du jour de la demande, à moins seulement qu'il ne fût établi qu'il les a employées à son usage; auquel cas, il en devrait les intérêts à dater de cet emploi (art, 729, et arg. de l'article 1996).

Mais quant aux sommes qu'il aurait gardées entre ses mains, les intérêts, suivant nous, n'en courraient à sa charge qu'à dater du jour de la demande :

Aux termes de l'article 1153, la règle générale est que les intérêts ne sont dus que du jour de la demande, excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit; or, aucun texte de la loi ne fait courir ces intérêts de plein droit contre l'indigne; donc, ils ne sont dus que du jour de la demande.

Bien loin qu'un texte spécial déroge, en cette occasion, à la règle, l'article 729, au contraire, en fait ici même l'application. L'héritier, dit cet article, est tenu de rendre tous les fruits et les revenus *dont il a eu la jouissance;* expressions qui attestent que le législateur ne lui impose l'obligation de rendre que les revenus et intérêts qu'il a effectivement perçus, c'est-à-dire la succession elle-même tout entière, avec ses accroissements, *cum omni causa.*

Quant à l'article 1378, il faut remarquer que dans l'hypothèse qu'il prévoit, celui qui a reçu de mauvaise foi la chose d'autrui, a été en demeure de la rendre dès le jour même où il l'a reçue. Mais l'indignité n'ayant pas lieu de plein droit et devant être demandée en justice, il s'ensuit que l'on ne peut pas dire que l'indigne ait été de plein droit en demeure de rendre les capitaux, dès le jour où il les a reçus.

Ajoutons que si cette doctrine était fondée, il faudrait même aller jusqu'à dire que l'indigne doit les intérêts des intérêts (art. 1155, 1156) ; conséquence tellement rigoureuse, que les partisans de cette doctrine n'ont pas voulu l'admettre, quoique pourtant elle dérive logiquement de leur prémisse.

La solution que nous proposons, était d'ailleurs aussi celle du droit romain ; la loi 1 au Code *de his quib. ut indign.* est formelle en ce sens ; et c'est évidemment par méprise que M. Duranton l'a invoquée à l'appui de son opinion (comp. Toullier, t. IV, n° 114 ; Demante, t. III, n° 35 *bis*, II ; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 432 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 246 ; D., *Rec. alph.*, t. XII, p. 277, n° 23 ; Malpel, n° 56 ; Belost-Jolimont sur Chabot, observ. 1 sur l'article 729).

308. — Mais, dira-t-on, est-ce que l'indigne n'aurait pas le droit de réclamer les intérêts des sommes qu'il aurait déboursées pour acquitter les dettes de la succession, et cela à dater du jour de ses avances, du moins lorsque les dettes par lui payées étaient échues ou lorsqu'elles portaient elles-mêmes des intérêts ? Or, si les intérêts lui sont dus à dater des payements qu'il a faits, n'est-il pas logique et équitable qu'il doive aussi les intérêts à dater des payements qu'il a reçus ? (comp. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 174).

Cette réciprocité paraîtrait en effet rationnelle et juste ; mais en vertu de quel texte l'indigne pourrait-il réclamer les intérêts de ses avances, à dater même du jour où il les aurait faites ? nous n'en connaissons aucun, pour notre part, qui lui concède un tel droit ; la vérité est qu'il est dans la position d'un tiers qui a payé la dette du débiteur ; or, la règle est que ce tiers n'a droit aux intérêts que du jour de sa demande en remboursement (art. 1153). L'article 2001 accorde, il est vrai, au mandataire, l'intérêt de ses avances, à dater du jour des avances constatées ; mais l'indigne n'a reçu aucun mandat véritable de ceux

qui le font exclure de la succession; il serait tout au plus un *negotiorum gestor*; or, si l'article 1372 soumet le gérant à *toutes les obligations*, qui résulteraient d'un mandat, il ne lui en attribue pas les droits. Nous convenons toutefois qu'il y a, dans la jurisprudence actuelle, une grande tendance à en venir là; mais nous aborderons plus tard cette doctrine.

309. — L'article 729, en déclarant que l'indigne est tenu de restituer tous les fruits et revenus qu'il a perçus depuis l'ouverture de la succession, est fondé sur ce principe qu'il est tenu de rendre la succession tout entière, *cum omni causa;* d'où il suit que cet article met à sa charge une obligation unique, qui demeurera toujours la même, tant qu'elle subsistera, et jusqu'à ce qu'elle soit éteinte par la prescription de trente ans (art. 2262).

Aussi, s'accorde-t-on généralement à reconnaître que l'indigne ne pourrait pas opposer contre la demande en restitution des fruits et des revenus, la prescription quinquennale établie par l'article 2277 (comp. Duranton, t. VI, n° 122; Chabot, sur l'article 729, n° 2; Malpel, n° 57; Marcadé, art. 729, n° 2; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 174).

310. — B. Nous devons enfin examiner les conséquences de l'indignité à l'égard des tiers.

D'après une doctrine très-accréditée, l'indigne qui est déchu *ut ex tunc*, vis-à-vis de ceux qui ont fait prononcer son exclusion (*supra*, n° 301), ne serait, au contraire, déchu que *ut ex nunc*, vis-à-vis des tiers avec lesquels il aurait fait des actes quelconques relativement aux biens de la succession; en conséquence, on enseigne que la maxime : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, n'est pas ici applicable; que les aliénations et constitutions de droits réels consenties par l'héritier avant que son indignité ait été prononcée par jugement, doivent être maintenues, à moins de fraude prouvée; et que ceux qui l'ont fait déclarer indigne, n'ont qu'une action person-

nelle contre lui, pour le contraindre à rendre le prix des biens qu'il a aliénés, et en général toutes les valeurs dont il a profité en disposant des biens héréditaires :

1° L'indigne, dit-on, tant que son indignité n'avait pas été prononcée, était bien légitimement héritier, saisi, à ce titre, des biens de la succession ; et il avait, dès lors, qualité pour en disposer envers les tiers. Telle est la règle fondamentale sur laquelle repose le maintien de tous les droits par lui concédés.

2° Il est vrai que le jugement qui a ensuite déclaré cet héritier indigne, opère la résolution de son titre; mais précisément, cette résolution n'est pas opposable aux tiers; et la raison en est dans le caractère pénal qui la distingue; les peines, en effet, même civiles et pécuniaires, sont purement personnelles; et elles ne doivent point rejaillir sur les tiers qui n'ont commis aucune faute. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 958, la révocation d'une donation entre-vifs pour cause d'ingratitude ne préjudicie ni aux aliénations faites par le donataire, ni aux hypothèques et autres charges réelles, qu'il aura pu imposer sur l'objet de la donation ; or, les deux hypothèses sont tout à fait analogues ; et il n'est pas possible d'admettre que le législateur ait voulu établir des règles différentes sur les effets de l'ingratitude et sur ceux de l'indignité, qui ont en ce point point une affinité si grande; au contraire, en appliquant, dans l'article 729, le principe de la résolution rétroactive dans les rapports des cohéritiers entre eux, la loi donne à entendre que le même principe n'est pas applicable vis-à-vis des tiers.

3° Enfin, on ajoute que telle est aussi la conséquence nécessaire du principe que l'indignité n'a pas lieu de plein droit et qu'elle doit être prononcée en justice; car si, une fois que l'indignité a été prononcée, les effets en remontaient, *erga omnes*, au jour de l'ouverture de la succession, de telle sorte que l'indigne serait réputé, même envers les tiers, n'avoir jamais eu la saisine, la vérité est

qu'il n'y aurait, au fond, qu'une vaine différence de mots entre l'incapacité et l'indignité; or, il a été établi, au contraire, qu'une différence notable distinguait les indignes d'avec les incapables.

Et ces prémisses posées, les mêmes jurisconsultes qui déclarent nulles les ventes consenties par l'héritier apparent, déclarent, au contraire, valables les ventes consenties par l'indigne; et ceux-là qui maintiennent seulement les ventes d'objets déterminés consenties par l'héritier apparent, mais qui annulent soit les donations, soit la vente du *jus hæreditarium* qu'il aurait pu faire, ceux-là, disons-nous, maintiennent, sans aucune distinction, toutes les aliénations consenties par l'indigne.

Demante particulièrement est, à cet égard, très-explicite : *Aussi ne distinguerai-je point ici, comme je le fais à l'égard de l'héritier apparent, entre les aliénations à titre gratuit et les aliénations à titre onéreux, ni davantage entre l'aliénation des droits successifs et celle des objets héréditaires* (t. III, n° 38 *bis*, IV; ajout. *Thémis*, t. VII, p. 8).

Telle est aussi la doctrine commune, quoique pourtant quelques-uns aient voulu en excepter les donations pour ne maintenir que les aliénations à titre onéreux (comp. Bordeaux, 1er déc. 1853, Venayre, D., 1854, II, 157; Merlin, *Rép.*, v° *Indignité*, n° 15; Toullier et Duvergier, t. III, n° 115; Duranton, t. VI, n° 126; Marcadé, art. 729, n° 1; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. III, n° 433; Taulier, t. III, p. 135; Chabot, art. 729, nos 22, 23; Belost-Jolimont, observ. 4; Malpel, nos 60, 61; Poujol, art. 727, n° 14; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 175; Massé et Vergé, *eod. loc.*, t. II, p. 247).

On peut remarquer encore que le Code civil de la Louisiane a textuellement consacré la théorie qui précède, dans ses articles 964, 965 (Anthoine de Saint-Joseph, p. 41).

311. — Nous n'admettons pas, pour notre part, cette

théorie; ce n'est pas certes que nous pensions que tous les actes qui ont été faits par l'indigne, avant le jugement déclaratif de son indignité, doivent être annulés; mais nous ne pensons pas davantage qu'ils doivent être tous maintenus sans distinction; et nous ne saurions adopter la thèse, qui consiste à dire que la résolution qui atteint le droit de l'indigne, ayant un caractère pénal, ne doit jamais, à raison même de ce caractère, atteindre les droits par lui concédés à des tiers.

Cette thèse, en effet, ne nous paraît fondée ni sur les textes, ni sur les principes :

De texte, qui déclare que la résolution du titre de l'indigne n'aura pas pour résultat de résoudre les droits de ses ayants cause, il n'y en a aucun! L'article 958, que l'on invoque, est uniquement relatif à la révocation de la donation entre-vifs pour cause d'ingratitude; et nous avons déjà remarqué les différences qui distinguent ce sujet d'avec le nôtre (*supra*, n° 279). Lorsque autrefois Loyseau expliquait pourquoi les droits consentis par le donataire ingrat n'étaient pas résolus, le savant auteur en donnait pour motif que cette révocation *procède d'une cause depuis survenue.... et qu'elle consiste en quelque action qui est volontaire;* d'où il suit qu'elle ne s'opère pas *ex causa antiqua et necessaria,* condition requise pour l'application de la maxime : *resoluto jure dantis,* etc.; mais il ne s'attachait pas au caractère pénal de cette révocation (*du Déguerp.* VI, 3, 10; *voy.* toutefois Furgole, XI, I, 141). Et d'ailleurs, aux termes de l'article 958, les aliénations consenties par le donataire ingrat ne sont maintenues qu'autant qu'elles sont antérieures à l'inscription de l'extrait de la demande en révocation, en marge de la transcription prescrite par l'article 939; or, cette disposition est impossible à appliquer dans notre matière; aussi, arrive-t-il que l'on maintient les aliénations consenties par l'indigne, lorsqu'elles sont antérieures, non pas seulement à la demande, mais au jugement d'exclusion; c'est-à-

dire que l'on dépasse de beaucoup l'article 958 lui-même!

Si le législateur avait voulu appliquer, en matière d'indignité, la disposition spéciale et exceptionnelle qu'il a décrétée en matière de révocation de donation, il n'aurait pas manqué sans doute d'en organiser aussi l'application; or, il n'en a rien fait; car nous ne saurions regarder comme bien sérieux l'argument qui consiste à dire qu'en ne s'expliquant dans l'article 729, sur l'effet rétroactif de la résolution du titre de l'indigne, qu'en ce qui concerne les héritiers entre eux, la loi donne à entendre que cet effet ne s'applique pas vis-à-vis des tiers.

Le principe général est, en effet, que la résolution d'un droit remet les choses au même état que si le droit résolu n'avait jamais existé (art. 1183, 2125, 2177, 2182, etc.); et le législateur qui prononce une résolution, n'a pas besoin d'en déduire, chaque fois, cette conséquence, parce qu'elle en découle d'elle-même tout naturellement. En vain, l'on objecte ici, pour s'y soustraire, que la résolution du titre de l'indigne est pénale; nous avons déjà répondu que sans doute la loi, qui prononce l'exclusion de l'indigne, veut punir, dans un but d'ordre public et d'exemplarité, la faute qu'il a commise; mais finalement la loi ne fait, après tout, que réglementer l'ordre des successions légitimes; et elle décrète, non pas certes une peine véritable, mais seulement une exclusion civile et héréditaire. Nous croyons avoir démontré plus haut (n° 279) que l'indignité pourrait être prononcée contre les héritiers de l'indigne décédé; et les mêmes arguments qui ont établi cette démonstration, prouvent également que ce n'est point le caractère pénal de la résolution du titre de l'indigne, qui suffirait à protéger les tiers contre les effets de cette résolution.

Ce n'est pas davantage par le motif que l'indignité n'a pas lieu de plein droit, qu'il faudrait décider que la réso-

lution qu'elle produit n'est pas opposable aux tiers ; car la rescision des contrats, par exemple, pour cause d'erreur ou de violence, n'a pas lieu non plus de plein droit (art. 1117) ; et elle n'en donne pas moins lieu, dès qu'elle est prononcée, à l'application de la maxime : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

Le moyen qu'il convient d'invoquer, dans l'intérêt des tiers, doit se déduire, suivant nous, de l'idée du mandat. L'indigne a été, en effet, héritier légitime et véritable, héritier saisi, jusqu'au jugement qui a prononcé son exclusion ; en conséquence, il est rationnel d'en conclure que la loi, en l'investissant de l'hérédité, a entendu lui conférer, à tout événement, vis-à-vis des tiers, le pouvoir de la gouverner *cum libera*, un pouvoir enfin d'administration dans le sens le plus étendu de ce mot. Or, on sait qu'en règle générale, les résolutions ne réagissent pas sur les actes d'administration, parce que ces actes sont la conséquence de la possession intermédiaire, c'est-à-dire d'un *fait*, que la résolution ne peut pas empêcher d'avoir existé.

En un mot, nous comparerons l'indigne à l'héritier qui, en cas d'absence d'un héritier plus proche, est appelé par la loi elle-même, aux termes de l'article 136, à recueillir la succession à son défaut. Celui-là aussi est héritier ; il est saisi tout aussi bien que l'indigne ; mais le retour de l'absent opère la résolution de son titre (art. 137), de même que le jugement qui déclare l'indignité, opère la résolution du titre de l'indigne. Les deux situations nous paraissent presque de tout point semblables ; et nous croyons, en conséquence, qu'elles doivent être gouvernées par les mêmes règles.

Nous appliquerons donc aux actes passés par l'indigne, la même théorie que nous avons présentée relativement aux actes passés par l'héritier plus éloigné, qui avait recueilli la succession, en l'absence de l'héritier plus proche (*voy.* notre t. II, nos 227-240-253).

En conséquence, nous distinguerons également ici entre les actes nécessaires et les actes volontaires :

312. — 1° Nous maintiendrons les actes nécessaires : les payements faits de bonne foi à l'indigne par les débiteurs de la succession ; les baux par lui passés; les jugements rendus pour ou contre lui ; même les transactions loyalement faites (comp. notre t. II, nos 225-239).

313. — 2° Parmi les actes volontaires, nous maintiendrons également ceux qui pourront être considérés comme des actes d'administration, en prenant ce mot dans son expression la plus vaste pour désigner le mandat de gouverner *cum libera* un ensemble de biens, un patrimoine ; telles sont les aliénations à titre onéreux, les constitutions de charges réelles, etc. (*voy.* notre t. II, nos 241-247).

Et encore, faudra-t-il que les tiers qui auront traité avec l'indigne n'aient commis, en cela, aucune faute.

Il en sera certainement ainsi, et les tiers acquéreurs ou autres seront irréprochables, s'ils ont traité dans l'ignorance de la cause d'indignité, lors même, en ce cas, que la demande aurait déjà été introduite (arg. de l'article 2005).

Mais on pourrait, suivant les circonstances, décider qu'ils se sont eux-mêmes volontairement exposés aux effets de la résolution, s'ils avaient traité depuis la demande, ou même avant la demande, mais lorsque la cause d'indignité était notoire, et que les intéressés, à raison du peu de temps qui s'était écoulé depuis l'ouverture de la succession, n'avaient pas encore eu le temps de la proposer.

Sans doute, l'indigne est héritier vis-à-vis des tiers; et ceux-ci n'ont pas eux-mêmes qualité pour lui opposer son indignité. Mais le titre de l'indigne est résoluble; et lorsque les tiers connaissent cette cause de résolution, il n'est pas juste qu'ils puissent impunément se rendre complices de la précipitation avec laquelle l'indigne vou-

drait aliéner les biens héréditaires, pour se soustraire aux effets de la résolution qui le menace.

Le devoir des tiers, en cas pareil, est de s'abstenir, ou du moins de ne traiter avec l'héritier indigne qu'après avoir interpellé ceux auxquels appartient l'action en indignité, sur le point de savoir s'ils entendent l'exercer et faire résoudre le droit de l'indigne (arg. de l'article 1938).

Ce devoir de loyauté et de bonne foi nous paraît tellement impérieux, que nous croyons même qu'il obligerait les débiteurs héréditaires, et que ceux-ci pourraient ne pas être valablement libérés, s'ils avaient payé entre les mains de l'indigne, alors, par exemple, qu'il était à leur connaissance que la demande en indignité était formée; car ce ne serait pas là un payement fait de bonne foi (art. 1240); du moins appartiendrait-il aux magistrats de le décider ainsi, d'après les faits.

314. — Mais nous ne pourrions pas considérer comme des actes d'administration, et dès lors nous annulerions :

1° L'aliénation des droits successifs, *du jus hæreditarium*, que l'indigne aurait consentie;

2° La donation entre-vifs ou le legs des biens héréditaires, qu'il aurait fait (*voy.* notre tome II, n°s 248-254).

CHAPITRE III.

DES DIVERS ORDRES DE SUCCESSION (RÉGULIÈRE).

SOMMAIRE.

315. — Transition. — Exposition.
316. — Division générale.

315. — Le chapitre I de notre titre nous a appris comment s'ouvrent les successions et de quelle manière elles sont déférées.

Nous venons de voir, dans le chapitre II, quelles sont les qualités requises pour pouvoir succéder.

L'enchaînement naturel des faits et des idées nous conduit maintenant à rechercher quels sont ceux que notre législateur y appelle.

Et tel est effectivement l'objet des chapitres III et IV.

Le chapitre III s'occupe des successions régulières ou légitimes.

Le chapitre IV, des successions irrégulières (comp. art. 723).

316. — Le chapitre III renferme cinq sections, dont le double but est :

D'une part, de poser les bases générales du système de succession ab intestat établi par notre Code;

D'autre part, de régler les vocations particulières des différentes classes d'héritiers.

Cette distribution est fort rationnelle; et nous suivrons également cet ordre.

SECTION I.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

SOMMAIRE.

317. — La conservation des biens du défunt dans sa famille, tel est le but essentiel de tout système de succession ab intestat; et si haut que l'on remonte dans l'histoire des peuples, on reconnaît ce caractère fondamental de la transmission héréditaire des biens. C'est qu'en effet, les familles sont la base de la société; et de toutes les traditions qui peuvent conserver les familles, il n'en est pas de plus puissante et de plus énergique que celle-ci. Oh! sans doute, aucune autre matière, dans le droit civil, ne se trouve plus intimement associée à l'organisation de chaque pays, à la constitution de la famille

et de la propriété; et, à ces divers points de vue, les législateurs des différents peuples, dans leurs systèmes nationaux de succession légitime, ne se sont jamais proposé et ne se proposent pas encore, de la même manière, la conservation des biens dans la famille du défunt. Mais il n'en est pas moins vrai que, malgré la diversité des mœurs et des lois, on retrouve toujours, au fond de cette institution, la même pensée fondamentale, quoique l'application en soit faite diversement, eu égard à l'état social et politique de chaque pays.

318. — Les successions étant déférées aux membres de la famille du défunt, à ses parents (art. 731), il convient d'abord de connaître l'organisation de la famille et les relations de la parenté.

D'autre part, le système établi par le Code Napoléon ne pouvant être bien apprécié qu'autant que l'on s'est, avant tout, rendu compte des divers systèmes de succession ab intestat qui ont autrefois gouverné la France, il est nécessaire d'exposer, du moins à grands traits, les différentes combinaisons que les lois anciennes avaient consacrées en cette matière et entre lesquelles le législateur nouveau a opéré une sorte de transaction.

En conséquence, nous aurons à examiner ici les trois points suivants :

1° Les règles générales de la composition de la famille et des relations de la parenté ;

2° Les principaux traits des différents systèmes de succession ab intestat qui ont été suivis en France, soit dans notre ancienne législation, soit dans la législation intermédiaire ;

3° Les bases générales du nouveau régime consacré, en cette matière, par le Code Napoléon.

§ I.

De la composition de la famille, et des relations de la parenté.

SOMMAIRE.

319. — Le mot *famille*, dans son acception restreinte, comprend seulement les enfants issus du même auteur : *quæ ab ejusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur* (L. 195, § 4, ff. *de verb. signif.; voy.* aussi notre t. X, n° 778).

Mais ce n'est pas dans ce sens étroit qu'il est employé en matière de succession.

Tout au contraire ! la famille doit s'entendre ici, dans

son acceptation la plus générale, pour désigner l'ensemble des personnes qui descendent, soit les unes des autres, soit d'un auteur commun.

Chaque enfant, qui se marie et qui a des enfants, forme, sans doute, une nouvelle famille, dont il dévient lui-même la tige ou le tronc commun ; mais il ne cesse pas, bien entendu, pour cela, d'appartenir à la famille de son père et à la famille de sa mère.

Pareillement, l'enfant de cet enfant, lorsqu'il se mariera à son tour et qu'il aura des enfants, en devenant lui-même le tronc commun d'une famille nouvelle, continuera toujours d'être membre de la famille de son père et de sa mère, comme aussi de la famille des père et mère de son père et des père et mère de sa mère, et ainsi de suite ; de telle sorte que chaque famille particulière, quoique formant dans son individualité, un tronc distinct, s'ajoute comme une branche nouvelle, au tronc commun sur lequel repose la famille générale tout entière.

Et, malgré la profonde différence qui séparait la famille agnatique des Romains d'avec notre famille française, nous pourrions dire encore aujourd'hui avec Ulpien :

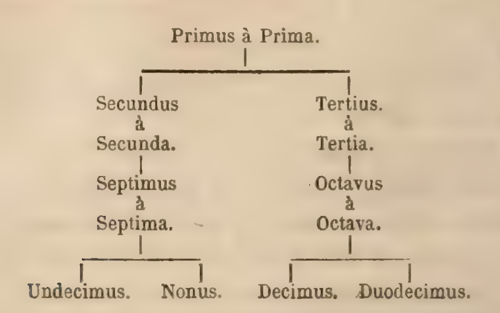
« .... Singuli singulas familias habent ; tamen omnes « qui sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiæ « appellabuntur, quasi ex eadem gente et domo proditi « sunt. » (L. 195, § 2, ff. *de verb. signif.*)

On voit que l'*arbre* fournit, en cette matière, des comparaisons aussi exactes que naturelles.

L'arbre, c'est le tronc commun de la parenté ; c'est la souche, la tige, l'*estoc*, *stirps*, sur lequel s'élèvent les différentes branches.

La *branche* peut, à son tour, devenir une souche, qui produira elle-même d'autres branches, qui *fourcheront* sur la souche commune ; et chacune de ces branches pourra aussi produire de nouvelles branches ou de nouveaux *rameaux ;* d'où dérivent encore, en matière de pa-

renté, les termes de *ramage*, *ramagium*, ou de *fourcharge*, fortusités chez nos anciens (voy. *Glossaire de droit français*, Inst. cout. de Loisel, édit. Dupin et Laboulaye; Davot, liv. III, traité v, chap. II, n° 1).



Nous trouvons, dans ce tableau, plusieurs familles particulières, supérieures, inférieures ou collatérales, suivant le point de vue où l'on se place pour les considérer, et eu égard à celui que l'on prend pour terme de comparaison.

Mais nous apercevons en même temps qu'un lien commun unit toutes ces familles particulières, qui forment toutes ensemble *lato sensu*, une seule et même famille, puisqu'elles procèdent toutes d'un seul et même tronc.

320. — Ce lien, c'est la parenté, ou *parentelle*, comme disaient nos anciens, ou encore *consanguinité* ou *lignage*; et l'on appelle parents ceux qui sont membres de la même famille.

Le mot *parens*, dérivé de *parere*, engendrer, produire, ne désignait, chez les Romains, que les père et mère et autres ascendants, par opposition au mot *liberi*, enfants et descendants, son corrélatif (L. 51, ff. *de verb. signif.*); mais il n'a jamais eu, dans notre langue, cette signification restreinte; et il comprend, au contraire, toutes les personnes que l'on appelait à Rome *cognati*, c'est-à-dire toutes celles qui sont unies par le lien du sang, soit qu'elles descendent l'une de l'autre, soit qu'elles n'aient

qu'un auteur commun (L. 1, § 1, ff. *unde cognati*; art. 731, Code Napoléon).

Seulement, dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque les parents descendent les uns des autres, la parenté est *directe*, ascendante ou descendante; et dans le second cas, c'est-à-dire lorsqu'ils descendent seulement d'un auteur commun, la parenté est *collatérale*.

D'où il suit que l'on distingue trois ordres ou catégories de parents, que le jurisconsulte Gaius a fort nettement définis en ces termes :

Alii superioris ordinis sunt; alii inferioris; alii ex transverso sive a latere; superioris ordinis sunt parentes; inferioris, liberi; ex transverso sive a latere, fratres et sorores, liberique eorum (princ. ff. *de gradib. et adfin.*; ajout. Inst., princ. *de grad. cognat.*).

321. — Afin de déterminer exactement la nature et les effets des différentes relations de parenté, on s'est dès longtemps accoutumé à se servir de figures et de métaphores empruntées au monde physique (*supra*, n° 319).

Et on distingue, dans toute parenté, la *ligne* et le *degré*.

Voici d'abord comment s'expriment, à cet égard, nos textes :

Article 735 : « La proximité de parenté s'établit par « le nombre des générations; chaque génération s'appelle « un degré. »

Article 736 : « La suite des degrés forme la ligne; on « appelle *ligne directe*, la suite des degrés entre personnes « qui descendent l'une de l'autre; *ligne collatérale*, la « suite des degrés entre personnes qui ne descendent pas « les unes des autres, mais qui descendent d'un auteur « commun.

« On distingue la ligne directe en ligne directe descen-« dante et ligne directe ascendante.

« La première est celle qui lie le chef avec ceux qui « descendent de lui; la deuxième est celle qui lie une per-« sonne avec ceux dont elle descend. »

La *ligne*, c'est la série des parents; c'est une *échelle*, un *escalier*, sur lequel les membres de la famille sont placés successivement, chacun à son rang : *Gradus dicti sunt a similitudine scalarum* (L. 10, § 10, ff. *de grad. cognat.*).

Le *degré*, c'est l'*échelon*, la *marche*, *gradus*, c'est-à-dire l'intervalle qu'il y a d'un pied à un autre.

Or, pour former un degré, c'est-à-dire un intervalle, un espace, il faut deux jalons; d'où il suit :

1° Que, pour former le premier degré de parenté, il faut deux générations;

2° Que ce premier échelon une fois placé, toute génération nouvelle qui s'ajoute à celle qui précède, constitue un nouvel intervalle, un nouvel échelon, et forme ainsi un nouveau degré : *Quippe semper generata persona gradum adjiciat* (Inst., § 7, *de grad. cognat.*).

Primus, père de Secundus et aïeul de Tertius.
|
Secundus, fils.
|
Tertius, petit-fils.

Primus et Secundus, qui forment les deux premières générations dans cette ligne, constituent en conséquence, un premier échelon, un premier degré; et Tertius, en venant se placer au-dessous de Secundus, forme un nouvel échelon, un nouveau degré. Secundus est donc au premier degré ou plutôt à un degré de parenté de Primus, son père; et Tertius, au second degré, ou à deux degrés de son aïeul, et réciproquement.

On comprend dès lors comment la proximité de parenté s'établit (ainsi que le déclare notre article 735) par le nombre des générations; car il est évident que les générations, à mesure qu'elles se succèdent, ajoutent de nouveaux échelons, et par conséquent de nouveaux degrés dans la ligne; et comme en se succédant, elles s'éloignent de plus en plus de l'auteur commun, le nombre plus ou moins considérable des générations donne ainsi la mesure

correspondante des degrés, c'est-à-dire des rapports plus ou moins proches ou éloignés de la parenté.

322. — On appelle ligne directe la suite des degrés entre personnes qui descendent l'une de l'autre : *directe* ou *droite,* parce que tous ceux qui la composent sont placés effectivement, en ligne droite, les unes au-dessous des autres.

Primus à Prima.
|
Secundus.
|
Tertius.
|
Quartus.
|
Quintus.

« On distingue, dit l'article 736, la ligne directe en « ligne directe descendante et ligne directe ascendante. »

Cette formule, toutefois, n'est pas trop correcte, en ce qu'elle supposerait l'existence de deux lignes directes, tandis qu'il n'y en a évidemment qu'une seule. C'est, en effet, la même ligne la même *échelle simple*, qui est tout à la fois descendante ou ascendante, suivant qu'on la considère d'en haut, *aut supra,* ou d'en bas, *aut infra* (Inst., princ., *de grad. cognat.*)

Ligne ascendante, lorsque l'on se place, *infra*, à un degré quelconque de l'échelle, pour *monter, ascendere* a un degré plus élevé, pour aller, par exemple, du fils au père, ou du petit-fils au fils, etc., des descendants enfin aux *ascendants, majores,* disait Paul (L. 10, § 7, ff. *de grad. cognat.*), ou encore *antecessores,* d'où notre mot *ancêtres ;*

Ligne descendante, lorsque l'on *descend*, en effet, d'un degré supérieur à un degré inférieur, pour aller du père au fils, ou au petit-fils, etc., *filios, nepotes, posteriores,* disait encore Paul (*loc. supra*); d'où notre mot *postérité.*

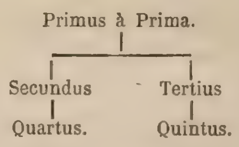
323. — On appelle ligne collatérale, d'après l'article 736, « la suite des degrés entre personnes qui ne des- « cendent pas les unes des autres, mais qui descendent « d'un auteur commun. »

Il faut reconnaître que cette formule, si ancienne qu'elle soit, manque aussi d'exactitude; et tandis que tout à l'heure notre article semblait trouver deux lignes là où il ne peut en exister qu'une seule (*supra*, n° 322), le voici maintenant qui semble en trouver une seule, là où évidemment il en existe toujours deux.

La vérité est qu'à proprement parler, il n'y a point de *ligne collatérale;* car, d'après la définition même de notre Code, une ligne de parenté se forme par la suite des générations; or, il n'y a aucune suite de générations entre les personnes qui ne descendent pas les unes des autres; cette suite n'existe qu'entre les ascendants et les descendants respectivement; donc, il ne peut y avoir, en réalité, que des lignes directes; donc, il n'y a pas de ligne spéciale et distincte, que l'on puisse appeler *ligne collatérale.*

Ce qui est vrai seulement, c'est qu'il peut exister plusieurs lignes directes, l'une à côté de l'autre, *a latere, ex transverso*, et qui se rejoignent au sommet par leur réunion dans la personne de l'auteur commun.

Aussi, la parenté colatérale est-elle représentée, en effet, par l'image d'une échelle double, au moyen de laquelle on monte également de chaque côté, *a latere*, jusqu'à la souche commune; mais il est clair que chacun des côtés de cette échelle, considérée isolément, forme une ligne directe.



Secundus et Tertius, Quartus et Quintus sont bien, sans doute, vis-à-vis de Primus et Prima, leur père et mère, aïeul et aïeule, dans la ligne directe; mais, entre eux respectivement, ils appartiennent à deux lignes placées *a latere*, qui ont le même point de jonction; de telle sorte que l'on ne peut aller de l'une de ces deux lignes à l'autre qu'en

remontant dans l'une des lignes jusqu'à l'auteur commun, pour redescendre ensuite dans l'autre ligne.

Cette démonstration est d'évidence; et pourtant, c'est une très-ancienne dénomination que celle de ligne collatérale ou transversale. Ce n'est pas, en effet, aux rédacteurs du Code Napoléon qu'il faut attribuer cette terminologie, ou, si l'on veut, cet abus de langage; ils ont trouvé ces distinctions toutes faites et consacrées non-seulement par la tradition usuelle et populaire, mais aussi par tous les monuments de la jurisprudence civile (comp. Lebrun, liv. I, chap, VI, sect. I; Pothier, *des Success.*, chap. I, sect. II, art. 3, § 2).

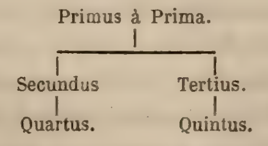
Et il y aurait eu peut-être plus d'inconvénients que d'avantages à entreprendre ici une réforme, qui n'était d'ailleurs que d'un médiocre intérêt, puisque, après tout, les mots : *ligne collatérale*, s'ils ne sont pas corrects, expriment d'ailleurs clairement cette relation de parenté.

324. — Rien de plus simple que le mode de supputation des degrés en ligne directe, où il ne peut y avoir, et où il n'y a jamais eu, en effet, qu'une seule manière de les compter (comp. Pothier, *du Contrat de mariage*, n° 124).

Voici, à cet égard, comment s'exprime l'article 737 :

« En ligne directe, on compte autant de degrés qu'il y « a de générations entre les personnes; ainsi, le fils est, « à l'égard du père, au premier degré; le petit-fils au se- « cond; et réciproquement du père et de l'aïeul à l'égard « des fils et des petits-fils. »

325. — Mais, en ligne collatérale, le procédé n'était pas aussi simple; aussi, deux systèmes différents ont-ils été suivis.



Le droit canonique ne compte les degrés que d'un

côté; de cette manière, Secundus est à un degré de Tertius, son frère, puisqu'il n'y a qu'un degré depuis l'un des frères jusqu'au père; les deux cousins germains, Quartus et Quintus, sont, par le même motif, au second degré, puisque chacun d'eux n'est éloigné de l'aïeul que de deux degrés. Voilà pour la *ligne collatérale égale*, comme on dit dans ce système, c'est-à-dire pour le cas où chacun des parents est, dans sa ligne, à un égal degré de l'auteur commun. Mais quel sera le mode de supputation pour la *ligne collatérale inégale*, c'est-à dire pour le cas où les deux parents se trouvent, chacun dans sa ligne, à une distance inégale de l'auteur commun, comme, par exemple, l'oncle et le neveu? Le droit canonique, appliquant alors la maxime : *remotior trahit ad se promixiorem*, compte les degrés du côté du parent le plus éloigné de la souche commune; l'oncle et le neveu se trouvent ainsi à deux degrés, etc. (Lebrun, Pothier, *loco supra citato*).

Le droit romain, au contraire, comptait, en ligne collatérale, les degrés de chaque côté; ainsi deux frères, étant, chacun dans sa ligne, à un degré de l'auteur commun, sont, entre eux, à deux degrés; l'oncle étant, dans sa ligne, au premier degré, et le neveu au second dans la sienne, se trouvent, entre eux, au troisième degré; deux cousins germains étant placés chacun à deux degrés dans sa ligne, sont entre eux au quatrième degré, etc. On voit que, d'après ce procédé, il ne peut pas y avoir de premier degré dans la ligne collatérale : .... *ex transverso sive a latere, nullus est primus gradus; et ideo incipit a secundo* (L. 1, § 1, ff. *de grad. et affin.*).

Entre ces deux modes de computation des degrés, notre ancien droit français suivait tantôt l'un, tantôt l'autre. Pour déterminer l'ordre des successions, il calculait comme le droit romain; mais il procédait, au contraire, comme le droit canonique, pour régler, en matière de mariage, les empêchements résultant de la parenté

(comp. Pothier, *des Success.*, chap. I, sect. II, § 1, Lebrun, liv. I, chap. VI, sect. I, nos 3-5; *voy.* aussi notre t. III, nos 96-101).

L'article 738 consacre formellement, dans notre droit nouveau, le mode de supputation du droit civil :

« En ligne collatérale, les degrés se comptent par les « générations, depuis l'un des parents jusques et non « compris l'auteur commun, et depuis celui-ci jusqu'à « l'autre parent.

« Ainsi, deux frères sont au deuxième degré; l'oncle « et le neveu sont au troisième degré; les cousins ger- « mains au quatrième, et ainsi de suite. »

Remarquons toutefois encore une inexactitude dans cette formule; notre article, en effet, après avoir déclaré qu'en ligne collatérale, *les degrés se comptent par les générations*, ajoute qu'il faut compter depuis l'un des parents *jusques et non compris l auteur commun*, etc.

Or, ces deux propositions sont évidemment contradictoires; car, à compter les degrés *par les générations*, il n'y a aucun retranchement à faire; de l'un des fils à son père, par exemple, il y a une génération, un degré; et du père à l'autre fils, il y a encore une génération, un degré; donc, si nous trouvons deux degrés, c'est *y compris l'auteur commun*.

Pour se rendre compte de cette méprise des rédacteurs de notre Code, il faut savoir qu'il y avait, dans l'ancien droit, deux manières de faire ce calcul dans la ligne collatérale :

Les uns comptaient *les générations* de chaque côté; et ceux-là évidemment y comprenaient l'auteur commun. C'était la manière de Pothier : « Pour compter les degrés de parenté en ligne collatérale, il faut compter, dit-il, le nombre des *générations* qu'il y a eu depuis l'un de ces parents jusqu'à la souche commune d'où ils descendent, et depuis cette souche commune jusqu'à l'autre parent. » (*Des Success.*, chap. I, sect. II, art. 3, § 2.)

Les autres, au contraire, comptaient, non pas les *générations*, mais *les personnes engendrées;* et ceux-là, dès lors, ne comprenaient pas l'auteur commun; c'était la manière de Lebrun : « On compte autant de degrés, dit-il, dans la ligne collatérale, égale ou inégale, qu'il y a *de personnes*, *en ôtant le chef de ces personnes*, *entre lesquelles le degré se compte* » (*Des Success.*, liv. I, chap. I, section I, n° 1.)

Lorry avait aussi formulé la même règle :

Ut quotquot occurrunt personæ, dempto stipite, *tot sunt gradus....* (sur le titre *de nuptiis*, § 1-5).

Et maintenant, il est arrivé que notre article 738 a mêlé ensemble et confondu ces deux manières, qui pourtant sont exclusives l'une de l'autre; car si l'on compte les *générations*, et *non les personnes*, il faut comprendre l'auteur commun; et, si l'on ne comprend pas l'auteur commun, il faut compter les *personnes*, et non les *générations* (comp. Guiné, *de la Représentation*, p. 352; Davot, liv. III, traité V, chap. II, n° 3).

Quoi qu'il en soit de cette confusion, le mode de supputation en ligne collatérale n'a jamais souffert de difficulté.

326. — Nous arrivons maintenant à une autre distinction fort importante, et qui a trait à la qualité et à la nature de la parenté.

Il s'agit de la distinction des parents paternels ou de la ligne paternelle, et des parents maternels ou de la ligne maternelle (comp. art. 733).

On voit que le mot : *ligne* ne désigne plus ici *la suite des degrés*, entre personnes qui descendent l'une de l'autre ou d'un auteur commun (art. 736 : *supra*, n° 321); il est employé dans une acception toute différente pour désigner collectivement une partie de la famille du *de cujus*, c'est-à-dire tous les parents qu'il a laissés du *côté paternel*, et tous les parents qu'il a laissés du *côté maternel;* et le législateur lui-même emploie, en effet, tantôt l'une de

ces formules synonymes : soit *ligne paternelle ou ligne maternelle* (art. 409, 733, 735, 755), soit *côté paternel ou côté maternel* (art. 407, 752). Cette synonymie est d'ailleurs fort ancienne dans notre sujet : *côté et ligne*, *ligne et côté*, deux mots employés ensemble dans un grand nombre de coutumes comme *synonymes*, disait Davot (liv. III, tit. v, chap. I, n° 3).

A cet égard, la règle fondamentale est celle-ci :

Les parents paternels du *de cujus* sont d'abord évidemment *son père*, et ensuite, par une conséquence nécessaire, tous ceux, femmes ou hommes, peu importe, qui lui tenaient *par son père*, lequel forme le premier anneau de cette chaîne de parenté.

Les parents maternels sont d'abord *la mère* du *de cujus*, et par elle ensuite, tous ceux, hommes ou femmes, qui lui tenaient *par sa mère*.

Par son père, disons-nous, *ou par sa mère;* c'est-à-dire par le père ou par la mère du *de cujus* lui-même, sans remonter plus haut.

En d'autres termes, la ligne paternelle a son point de départ direct et immédiat dans la personne du *père du défunt;* et la ligne maternelle, dans la personne *de la mère du défunt* (comp. Caen, 1re chambre, 18 floréal an XIII, Lebis; et 18 juillet 1806, Vauquelin; Paris, 4 avril 1808, Secondé, Sirey, 1808, II, 295; Turin, 10 fév. 1812, Racagno, Sirey, 1814, II, 34; ajout. Cochin, 71e cause, t. III, p. 356, 357).

De là, deux conséquences :

527. — D'abord, il n'y a nullement à considérer la ligne par laquelle les parents du défunt tenaient à son père ou sa mère, s'ils étaient parents *paternels* ou *maternels* de son père, ou s'ils étaient parents *paternels* ou *maternels* de sa mère.

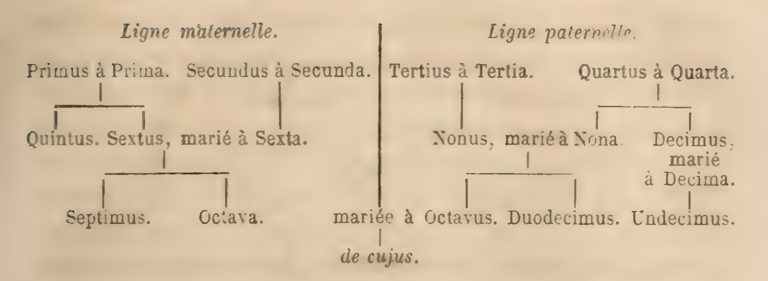
Tous les parents qui se rattachaient *au défunt* par son père, sont ses parents *paternels*, lors même qu'ils étaient les parents *maternels* de son père; et de même tous ceux

qui se rattachaient *au défunt* par sa mère, sont ses parents *maternels*, lors même qu'ils étaient les parents *paternels* de sa mère. C'est ainsi que la *mère* de mon père est dans ma ligne *paternelle*; comme le *père* de ma mère est dans ma ligne *maternelle*.

Il est clair, en effet, que les générations, à mesure qu'elles se succèdent, ajoutent de nouvelles branches au tronc commun de la parenté (comp. art. 734); et chacune de ces branches, quoique toujours adhérente à la souche commune, formant à son tour un tronc distinct, sur lequel s'élèvent aussi des branches nouvelles, il arrive, par la suite des temps, que les lignes paternelles et maternelles vont ainsi sans cesse se doublant. Aussi Gaius disait fort justement : *admonendi sumus parentum liberorumque personas semper duplari* ... (L. 3, § 2, ff. *de grad. et adfin.*).

Chaque personne qui a deux ascendants au premier degré dans chaque ligne, son père et sa mère, en a par suite quatre au second, savoir : le père et la mère de son père, et le père et la mère de sa mère; et ainsi de suite, etc.; si bien que l'on a calculé que par cette proportion croissante, on arrivait, dès la vingt-cinquième génération, à un chiffre véritablement fabuleux !

Eh bien donc, pour apprécier quels sont les parents *paternels* du défunt, et quels sont ses parents *maternels*, on ne doit pas s'engager dans cette involution de divisions et de subdivisions, de fentes et de refentes. Il faut, sans remonter plus haut, sans considérer les divers éléments particuliers dont se compose chaque ligne principale, ni les branches supérieures, ni les branches collatérales, il faut, disons-nous, s'arrêter net, et se tenir au premier degré du côté du père et au premier degré du côté de la mère du *de cujus*.



Quels sont, d'après ce tableau, les parents paternels du *de cujus.*

Tous ceux qui sont les parents d'*Octavus,* son père; tous ceux-là et rien que ceux-là.

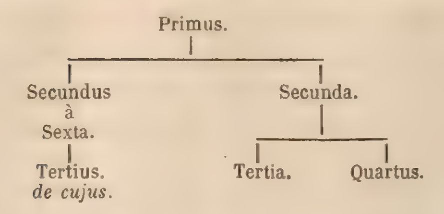
Quels sont ses parents maternels?

Tous ceux qui sont les parents d'*Octava,* sa mère; tous ceux-là encore, dis-je, et rien que ceux-là.

Ainsi, par exemple, Quartus et Quarta, aïeuls *maternels* de Octavus, père du *de cujus*, étaient ses parents *paternels* à lui.

Et pareillement, Primus et Prima, aïeuls *paternels* de Octava, mère du *de cujus,* étaient, à lui, ses parents *maternels*.

328. — La seconde conséquence de notre règle (*supra*, n° 326), c'est que, pour apprécier si la personne qui prétend à la succession du *de cujus*, est sa parente paternelle ou sa parente maternelle, il ne faut pas considérer si c'était du chef de son père ou de sa mère, à elle, qu'elle se rattachait au *de cujus;* car, encore une fois, c'est directement et immédiatement par le père ou par la mère du *défunt lui-même*, c'est-à-dire de celui-là auquel il s'agit de succéder, et du chef duquel, dès lors, il faut apprécier la nature de la parenté, que s'établit, *recta via*, la relation de parenté paternelle ou maternelle; ce n'est point par le père et par la mère de l'*héritier*.



Tertia et Quartus se rattachent à Tertius par leur *mère*, Secunda.

Est-ce à dire que Tertia et Quartus soient parents *maternels* de Tertius?

Il en serait ainsi sans doute, si l'on considérait le père ou la mère *de l'héritier*.

Mais comme il ne faut, au contraire, considérer que le père ou la mère *du défunt*, il s'ensuit que Tertia et Quartus sont parents *paternels* de Tertius; car ce n'est point par Sexta, *sa mère*, dans l'exemple proposé, qu'ils se rattachent à lui; c'est uniquement par Secundus, *son père*.

329. — De là il résulte que les mêmes parents n'appartiennent pas toujours respectivement, les uns à l'égard des autres, à la même ligne de parenté.

Ainsi, par exemple, dans le tableau qui précède (nº 328), Tertia et Quartus sont parents *paternels* de Tertius, puisqu'ils lui tiennent par Secundus, *son père;*

Tandis, au contraire, que Tertius est parent *maternel* de Tertia et de Quartus, puisqu'il leur tient par Secunda, leur *mère*.

Il y a des cas, sans doute, où le caractère de la parenté, qui unit deux personnes, est réciproque; c'est ainsi que les frères et sœurs germains sont réciproquement parents paternels et maternels les uns des autres; de même que les enfants de deux frères sont réciproquement parents paternels, et les enfants de deux sœurs parents maternels.

Mais la réciprocité du caractère de la parenté n'est

nullement un fait nécessaire; bien loin de là! la qualité de la parenté entre les mêmes personnes varie très-souvent, suivant qu'on la considère soit dans l'une, soit dans l'autre. C'est ainsi que, entre deux individus, l'un peut être parent paternel de l'autre, tandis que celui-ci sera parent maternel du premier; de même que tel individu peut être tout à la fois parent paternel et maternel d'un autre, tandis que celui-ci ne serait, au contraire, que son parent dans une ligne (*infra*, n° 336).

330. — Les parents peuvent se rattacher au défunt :

Soit tout à la fois par son père et par sa mère;

Soit par son père seulement;

Soit seulement par sa mère.

Dans le premier cas, ils appartiennent en même temps à la ligne paternelle et à la ligne maternelle; le lien de la parenté est double; et on les appelle *germains* (surtout lorsqu'il s'agit de frères et sœurs).

Dans le second cas, ils n'appartiennent qu'à la ligne paternelle; ce sont les parents *consanguins*.

Dans le troisième cas, enfin, ils n'appartiennent qu'à la ligne maternelle; ce sont les parents *utérins*.

331. — Et maintenant, quels parents font partie soit des deux lignes à la fois, soit au contraire d'une seule ligne?

Telle est la question qui nous reste à résoudre, et que nous allons appliquer successivement aux trois catégories de la parenté, savoir :

A aux descendants;

B aux ascendants;

C aux collatéraux.

332. — A. Et d'abord, quant aux enfants et descendants du défunt, quel que soit leur degré, et encore qu'ils soient issus de différents lits, on peut dire, en leur appliquant la théorie des lignes paternelle et maternelle, telle que nous venons de l'exposer, qu'ils sont tout à la fois ses parents paternels et ses parents maternels; car,

puisqu'ils descendent de lui médiatement ou immédiatement, la vérité est qu'ils lui tiennent également et par son père et par sa mère, qui sont, l'un et l'autre, la source commune de cette parenté.

Et c'est ainsi généralement que l'on a coutume d'appliquer aux descendants du défunt la théorie des deux lignes (comp. Chabot, t. I, art. 733, nos 3, 10; Duranton, t. VI, n° 165; Marcadé, art. 733, n° 3).

Mais peut-être serait-il plus simple de déclarer que cette théorie est inapplicable aux descendants du défunt, et que, en ce qui les concerne, il n'y a pas lieu à la distinction des deux lignes paternelle et maternelle.

En effet, celui-là, avons-nous dit, est parent paternel, qui se rattache au défunt par son père; et parent maternel, celui qui se rattacheau défunt par sa mère;

Or, le descendant du défunt se rattache directement au défunt lui-même et non pas par l'intermédiaire du père ni de la mère de celui-ci.

Donc, la base même sur laquelle la distinction des deux lignes est fondée, manque ici complétement (comp. art. 733, 745; *infra*, n° 363; Demante, t. III, n° 44).

Quoi qu'il en soit de cette double explication, il est certain que les descendants du défunt doivent toujours être traités comme s'ils appartenaient aux deux lignes.

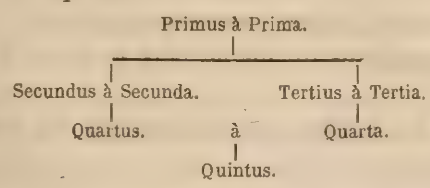
353. — B. La division en deux lignes s'applique, au contraire, parfaitement aux ascendants du défunt, qui, en effet, presque toujours, sauf quelques cas exceptionnels, ne sont ses parents que dans une seule ligne, soit paternelle, soit maternelle.

Et cela est d'évidence; car les parents paternels ou maternels du défunt étant ceux qui lui tiennent par son père ou par sa mère, ceux de ses ascendants qui ne lui tiennent que par son père, ne peuvent être que ses parents paternels, de même que ceux de ses ascendants qui ne lui tiennent que par sa mère, ne peuvent être que ses parents maternels.

334. — Il peut toutefois arriver que certains ascendants du défunt soient tout à la fois ses parents paternels et ses parents maternels.

Cette hypothèse se réalise, lorsqu'un mariage a lieu entre des parents qui sont issus de diverses branches, mais qui ont une souche commune.

Soit cet exemple :



Quartus et *Quarta*, cousin et cousine germains, s'étant mariés ensemble, il s'ensuit que *Primus* et *Prima*, *Secundus* et *Tertius* sont tout à la fois parents de *Quintus*, leur descendant, dans la ligne paternelle et dans la ligne maternelle; il est clair, en effet, qu'ils sont, les uns et les autres, parents de *Quintus*, et du côté de son père *Quartus*, et du côté de sa mère *Quarta*.

D'une part, Primus et Prima sont aïeul et aïeule de Quartus, leur *petit-fils*, et de *Quarta*, leur petite-fille;

D'autre part, *Secundus*, qui est le père de *Quartus*, est l'oncle de *Quarta;* et *Tertius* de même, qui est le père de *Quarta*, est l'oncle de *Quartus*.

Il y a donc là, dans la ligne ascendante, double parenté avec le défunt, et du côté de son père et du côté de sa mère (comp. aussi Rouen, 22 janv. 1841, Passé, Dev., 1841, I, 175; et *infra*, n° 371).

Nous n'en disons pas autant, bien entendu, de *Secunda*, qui est seulement l'aïeule *paternelle* de *Quintus*, ni de *Tertia*, qui est seulement son aïeule *maternelle;* car Secunda, qui est la *parente* (la mère) de *Quartus*, est seulement l'*alliée* (la tante) de *Quarta;* de même que *Tertia*, qui est la *parente* (la mère) de *Quarta*, est seulement l'alliée de *Quartus*.

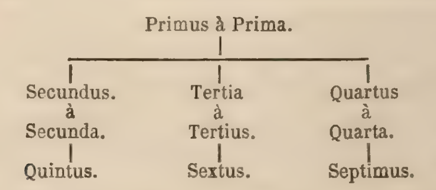
355. — C. Parmi les collatéraux, il en est qui sont toujours parents du défunt dans la ligne paternelle et dans la ligne maternelle.

Il en est d'autres, au contraire, qui ne sont presque jamais ses parents (sauf certains cas exceptionnels) que dans l'une ou dans l'autre ligne.

Dans la première catégorie se trouvent :

1° Les frères et sœurs germains du défunt, c'est-à-dire ceux qui sont issus du même père et de la même mère que lui;

2° Tous les enfants et descendants de ces frères et sœurs (comp. art. 733).



1° Que *Secundus, Tertia* et *Quartus*, frères et sœurs germains, soient respectivement et réciproquement tout à la fois parents paternels et parents maternels l'un de l'autre, cela est manifeste, puisque chacun d'eux se rattache à l'autre tout à la fois par *Primus* son père, et par *Prima*, sa mère.

2° Il n'est pas moins clair que *Quintus, Sextus* et *Septimus* sont aussi tout à la fois parents *paternels* et parents *maternels* des frères et sœurs germains de leur père et de leur mère; car *Quintus*, fils de *Secundus* se rattache en même temps à *Tertia*, sa tante, et à *Quartus*, son oncle, par *Primus*, père de *Tertia* et de *Quartus*, et par *Prima*, leur mère; et il en est de même de *Sextus* à l'égard de *Secundus* et de *Quartus;* de même de *Septimus* à l'égard de *Secundus* et de *Tertia*.

Ce que nous disons des neveux et nièces issus de frères et sœurs germains, à l'égard de leurs oncles et tantes, est d'ailleurs évidemment aussi vrai des petits-neveux

et des petites-nièces, issus de frères et sœurs germains, à l'égard de leurs grands oncles et de leurs grand'-tantes, etc. Quelque éloigné que soit le degré, ce n'en sera pas moins toujours tout à la fois par le père et par la mère de son grand oncle et de sa grand'tante, que le petit-neveu ou l'arrière petit-neveu, etc., se rattachera à ceux-ci.

Et il n'y a pas même à considérer si les descendants des frères et sœurs germains du défunt sont nés du même père ou de la même mère, ou du même père et de mères différentes, ou de la même mère et de pères différents. Cette circonstance n'importe nullement, quand il s'agit de déterminer (comme nous nous occupons seulement de le faire ici), le lien qui unit les descendants des frères et sœurs germains *à leurs oncles ou tantes, grands-oncles ou grand'-tantes*, etc.; car cette circonstance n'empêche pas que ce soit toujours *par le père et par la mère* du défunt, leur oncle ou tante, etc., que les neveux ou nièces, issus de frères ou sœurs germains, se rattachent à lui.

Ajoutons seulement que si les frères et sœurs germains sont respectivement, ENTRE EUX, tout à la fois parents dans la ligne paternelle et dans la ligne maternelle, leurs descendants ne sont, au contraire, ENTRE EUX, parents que dans l'une ou dans l'autre ligne. Quand on dit qu'ils appartiennent en même temps aux deux lignes, c'est seulement en tant qu'on les considère comme neveux et nièces, etc., dans leurs rapports de parenté avec leurs oncles ou tantes, etc. Mais entre eux et respectivement les uns aux autres, il est évident, au contraire, qu'ils ne se tiennent que dans une ligne seulement. Ainsi, par exemple, dans le tableau qui précède, *Quintus* n'est que le parent *maternel* de *Sextus*, son cousin germain; car il se rattache à lui seulement par *Tertia*, mère de *Quintus*, et nullement par *Tertius*, son père.

336. — La seconde catégorie, que nous avons annoncée

plus haut (nº 335), se compose de tous les collatéraux (autres que les frères et sœurs germains du défunt, et leurs descendants), qui, le plus ordinairement, n'appartiennent qu'à une seule ligne.

Tels sont les frères et sœurs, soit consanguins, soit utérins du défunt, ou, comme on dit, les *demi-frères* et les *demi-sœurs;* car il est bien clair que les frères consanguins, ayant seulement le même père que le défunt, et une mère différente, ne sont que ses parents paternels; de même que les frères utérins, ayant seulement la même mère et un père différent, ne sont que ses parents maternels.

Et il en est de même de leurs descendants (comp. art. 733).

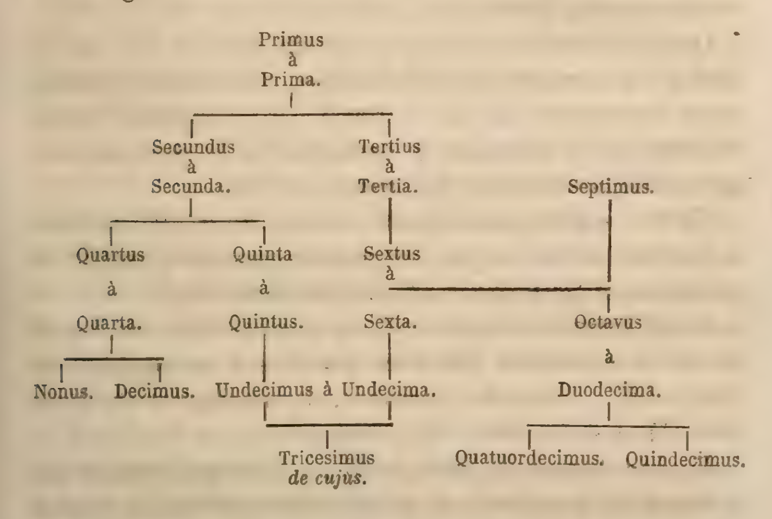
Tels sont encore les oncles et tantes, grands-oncles et grand'tantes, etc., du défunt, lors même que celui-ci serait issu d'un frère germain et d'une sœur germaine de son oncle ou de sa tante; il est bien vrai que le neveu et la nièce, issus d'un frère ou d'une sœur germains, sont tout à la fois parents paternels et parents maternels de leurs oncles ou tantes, etc. (*supra,* nº 335); mais il n'y a pas ici réciprocité de double lien; car les oncles et les tantes ne pouvant se rattacher à leurs neveux ou nièces que par le père seulement ou par la mère de ceux-ci, par l'un ou par l'autre seulement, et non point par les deux, il est clair qu'ils ne sauraient être que leurs parents, soit paternels, soit maternels seulement.

Nous avons déjà dit aussi que les descendants des frères et sœurs, même germains, ne sont respectivement, les uns aux autres, parents que dans une seule ligne, quoiqu'ils soient issus, les uns et les autres, de parents qui appartiennent aux deux lignes (*supra*, nº 335).

337. — On pourrait multiplier les exemples; et on trouverait toujours que les collatéraux du défunt, excepté ses frères et sœurs germains et les descendants de ces

frères et sœurs, sont presque toujours ses parents seulement dans une ligne.

Cette règle, toutefois, n'est pas absolue; et il se pourrait que, par suite de mariages entre deux familles, un parent collatéral, qui ne serait ni frère ni sœur germain du défunt, ni descendant de frère ou sœur germain du défunt, se trouvât néanmoins son parent dans les deux lignes.



Undecimus et *Undecima*, cousins issus de germains, s'étant mariés ensemble, il résulte de cette réunion des deux parentés, que, dans la ligne collatérale, *Quartus, Nonus,* et *Decimus* sont tout à la fois parents paternels et parents maternels de *Tricesimus;* car ils se rattachent en même temps à lui et par son père et par sa mère; d'une part, en effet, *Quartus* était le frère de *Quinta*, mère de *Undecimus;* et d'autre part, le même Quartus était aussi le cousin germain de *Sextus*, père de *Undecima.*

Mais, quant à *Octavus, Quatuordecimus* et *Quindecimus,* ils ne sont évidemment parents de *Trisecimus* que dans la ligne maternelle seulement; car ils ne lui tiennent que par *Undecima,* sa mère.

338. — Ces développements nous paraissent suffire à l'explication de notre règle.

Si multipliées et si croisées que l'on suppose les ramifications de l'arbre généalogique, il sera toujours facile de déterminer la ligne par laquelle tout parent, même le plus éloigné, se rattache au *de cujus,* en prenant pour guide et pour boussole cette règle fondamentale, par laquelle nous avons commencé, et qui nous servira aussi de conclusion, à savoir :

Que c'est toujours et uniquement du chef du *père* ou du chef de la *mère* du *défunt* lui-même, c'est-à-dire de celui de la succession duquel il s'agit, que s'apprécie, entre l'héritier et le *de cujus,* le caractère de la parenté, soit paternelle, soit maternelle (*supra,* n° 326).

339. — Reste maintenant à savoir de quelle manière la parenté et les degrés de parenté peuvent s'établir, et quelles sont les preuves admissibles à cet effet.

Régulièrement, la preuve de la parenté et de ses degrés résulte des extraits des actes portés sur les registres de l'état civil : actes de naissance, de mariage et de décès (art. 34 et suiv., 194, 197, 198, 319).

Et, aux termes de l'article 46 : « L'orsqu'il n'aura pas « existé de registres, ou qu'ils seront perdus, la preuve « en sera reçue tant par titres que par témoins ; et, dans « ces cas, les mariages, naissances et décès pourront être « prouvés tant par les registres émanés des père et mère « décédés, que par témoins. » (*Voy.* notre t. I, n°s 321 et suiv.)

340. — Mais il peut arriver, et il arrive même très-souvent, d'une part, que les actes de l'état civil ne sont pas représentés, et, d'autre part, que l'on ne prouve pas non plus que les registres n'aient pas existé ou qu'ils aient été détruits.

De quelle manière alors la parenté elle-même, ou les degrés de la parenté pourront-ils être prouvés ?

On a soutenu que, dans ce cas, la preuve n'en était

recevable que conformément aux articles 320, 321, 323 et 324, qui règlent les conditions de la preuve en matière de réclamation d'état d'enfant légitime, et qu'en conséquence la parenté ne pouvait être établie qu'au moyen de la possession d'état (art. 320), ou de la preuve testimoniale, qui ne pouvait elle-même être reçue que lorsqu'il existait un commencement de preuve par écrit ou des faits dès lors constants et assez graves pour en déterminer l'admission (art. 323, 324; comp. Dev., 1839, I, 45).

Cette thèse ainsi formulée est évidemment beaucoup trop absolue.

Nous croyons nous-même qu'elle sera vraie, lorsque la cause, telle qu'elle sera engagée, soulèvera, en effet, une véritable question d'état; comme si, par exemple, celui qui réclame une succession, prétend être l'enfant légitime du *de cujus*, tandis que le frère de celui-ci ou tout autre héritier méconnaît, au contraire, la filiation prétendue par le réclamant (comp. notre *Traité de la Paternité et de la filiation*, nos 303, 304).

Mais il en sera tout autrement, lorsqu'il s'agira seulement, entre les parties, d'une pétition d'hérédité et d'une simple question de généalogie, sans qu'aucune question d'état se trouve engagée au procès. Dans ce cas, les articles 320, 321 et 323 ne seront nullement applicables; et la preuve de la parenté et des degrés de la parenté pourra être faite par d'autres moyens, et notamment par des titres autres que les extraits des registres de l'état civil.

Nous dirons bientôt quelles sortes de preuves seront admissibles (*infra*, n° 341).

Mais démontrons d'abord que l'on peut admettre, en matière de succession, et pour établir la parenté, d'autres preuves que celles qui sont admises en matière de question d'état, et pour établir la filiation :

1° Il est certain que telle était la doctrine universelle-

ment enseignée et pratiquée dans notre ancienne jurisprudence. Pothier admettait sans difficulté que le demandeur en pétition d'hérédité pouvait justifier sa généalogie non-seulement par des actes de baptême et de célébration de mariage, mais encore par *des prémisses de contrat de mariage*, disait-il, *ou d'actes de partage* (*Traité du Droit de propriété*, n° 382). Lebrun reconnaissait de même que *la preuve de la parentelle ou du degré de parentelle* pouvait résulter *des actes de partage*, *de licitation*, *de tutelle* (*des Success.*, liv. I, chap. VI, n° 19; ajout. Serres, *Inst. cout.*, liv. III, tit. V, p. 430; Basnage, sur l'article 146 de la Cout. de Normandie; Merlin, *Rép.*, v° *Généalogie*, et v° *Succession*, sect. I, § 2, art. 5, n° 3).

2° Les auteurs du Code Napoléon n'ont pas changé cette doctrine, qui est, en effet, conforme aux principes généraux du droit, et qui est impérieusement réclamée par la raison ou plutôt par la nécessité même.

D'une part, les articles 320, 323 et 324 s'occupent de l'hypothèse d'une action en réclamation d'état, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de savoir si le réclamant sera ou ne sera pas déclaré enfant légitime d'un tel;

Or, dans notre hypothèse, il s'agit, non pas d'une réclamation d'état, mais uniquement d'une pétition d'hérédité; et la seule question est de savoir si le réclamant obtiendra ou n'obtiendra pas la succession du *de cujus* :

« Attendu, dit fort justement la Cour de cassation, dans un procès de ce genre, qu'il ne s'agissait pas.... de juger une question d'état, mais une question de généalogie et de parenté.... » (18 déc. 1838, Cadroy, Dev., 1839, I, 44);

Donc, les articles précités ne sont pas applicables à cette hypothèse, qui ne met en jeu aucune question de filiation (comp. notre t. V, n° 284; Merlin, *Rép.*, t. XVII, v° *Question d'état*, § 2).

D'autre part, la raison et la nécessité même exigent que l'on admette, en pareil cas, d'autres genres de preuves.

La loi ne peut pas demander aux parties des preuves impossibles ; or, il serait le plus souvent impossible d'établir une généalogie par la représentation régulière et non interrompue de tous les actes de l'état civil, jusque dans des temps anciens et en remontant, comme il le faut souvent en ces occasions, à deux ou trois générations dans le passé ! Les parties alors peuvent ignorer dans quel lieu les actes ont été dressés; la preuve testimoniale de la possession d'état, ou du fait direct de la filiation, dans les termes des articles 320 et 323, peut être elle-même devenue impossible par le décès des témoins ; et comme cette impossibilité résulte de l'éloignement des temps, et de circonstances indépendantes du fait des parties, il est tout à la fois rationnel et équitable de les admettre à présenter d'autres espèces de preuve (comp. art. 46, 1348 ; Paris, 2 mars 1814, Petit-Jean, Sirey, 1814, 2, 34 ; Cass., 8 nov. 1820, Petit, Sirey, 1821, I, 402 ; Cass., 14 janv. 1824, Delaunay, Dev. et Car,, *Collect. nouv.* 7, I, 374 ; Cass., 29 nov. 1826, Sirey, 1826, I, 71 ; Cass., 22 août 1831, Dev., 1831, I, 361 ; Douai, 12 juillet 1838, Delahaye, Dev., 1839, II, 256 ; Cass., 18 déc. 1839, *supra* ; Poitiers, 30 juill. 1857, de Lauspitaut, D., 1858, II, 73).

341. — Et maintenant, quelles peuvent être ces preuves ?

Les opinions, sur ce point, paraissent avoir toujours été un peu incertaines.

Il en est qui ne veulent admettre que des actes authentiques, tels que contrats de mariage, actes de tutelle, etc.

D'autres, qui consentent à ce que l'on produise des actes sous seing privé, exigent toujours néanmoins aussi des preuves littérales.

Quant à la preuve par témoins que plusieurs rejettent, ceux-là même qui pensent qu'elle est recevable, ne l'admettent qu'avec un commencement de preuve par écrit

(comp. Lebrun, Serres, Merlin, *loc. supra cit.;* Lapeyrière, L. S., v° *Succession*, n° 213).

Nous croyons, en ce qui nous concerne, que l'on doit admettre, dans cette hypothèse, les mêmes preuves que l'article 46 déclare admissibles dans l'hypothèse par lui prévue; les deux situations sont, en effet, de tout point, semblables. L'article 46 règle le cas où les parties sont dans l'impossibilité de représenter des actes de l'état civil, parce qu'il n'y a pas eu de registres ou qu'ils ont été détruits; or, les parties, dans le cas qui nous occupe, se trouvent aussi dans cette impossibilité, à raison de l'éloignement des temps, et de l'ignorance où elles sont des lieux où les actes ont pu être dressés; il importe peu que cette cause ne soit pas exactement celle que l'article 46 a prévue, dès qu'elle est également indépendante du fait des parties; donc la raison et l'équité exigent que les preuves que l'article 46 autorise dans l'un des cas, soient aussi autorisées dans l'autre.

Or, d'après l'article 46, les naissances, mariages et décès peuvent être prouvés tant par les registres et papiers émanés des père et mère décédés que par témoins, et nous avons vu que cette disposition avait été interprétée, dans la jurisprudence et la pratique modernes, comme nos anciens interprétaient autrefois l'article 14 du titre XX de l'ordonnance de 1667, dont l'article 46 du Code Napoléon est presque la reproduction littérale; qu'elle avait, disons-nous, été interprétée en ce sens que le législateur attribuait aux magistrats une très-grande latitude et un pouvoir discrétionnaire sur la question de savoir quelles sortes de preuves ils pourraient, suivant les différents cas, admettre ou rejeter (*voy.* sur cette thèse notre t. I, n° 325).

En conséquence, nous pensons qu'il appartient, en effet, aux juges d'apprécier l'état des faits, et d'admettre ou de rejeter, suivant les espèces, soit les écrits sous seing privé, soit la preuve testimoniale avec ou sans

commencement de preuve par écrit, soit enfin les présomptions (arg. de l'article 1353; Cass., 16 fév. 1837, Coste, D., 1837, I, 253; Cass., 20 mai 1838, Roche D., 1838, I, 205).

Voilà pour le droit; et nous ne distinguons pas à cet égard, ainsi qu'on paraîtrait l'avoir voulu faire, entre le cas où il s'agit de prouver la parenté, et le cas où la parenté étant prouvée, il ne s'agit que d'en prouver le degré. Les motifs qui nous déterminent sont, en effet, exclusifs de toute distinction de ce genre (comp. Paris, 2 mars 1814, Petit-Jean, Sirey, 1814, II, 34).

En fait, sans doute, les titres authentiques obtiendront généralement, auprès des juges, plus de crédit.

Mais il est facile de comprendre que les écrits privés, les registres domestiques, les papiers de famille, pourront fournir aussi, dans ces questions de généalogie, des indications précieuses et même de véritables preuves.

Les faits même de *possession d'état* sont certainement à prendre aussi en considération, comme si celui que l'on prétend avoir été parent, en a recueilli les avantages, et surtout s'il en a supporté les charges, *ayant été appelé*, comme disait Basnage, *dans les affaires onéreuses de la parenté, comme de nourriture et de tutelle* (sur l'article 146 de la Cout. de Normandie), et encore pareillement si les personnes se traitaient réciproquement comme parents, en s'appelant, par exemple, oncle ou neveu, ou cousin, etc.

Que s'il s'élève, comme il arrive souvent dans ces recherches de généalogie, des doutes sur l'identité des personnes, il faudra s'attacher principalement, pour les résoudre, à l'identité des noms et des prénoms, surtout lorsqu'il ne sera pas prouvé que, dans le même temps, plusieurs individus aient porté les mêmes noms et prénoms : *ex identitate nominis et cognominis*, disait le président Favre, *præsumitur identitas personarum, si non in*

contrarium probetur diversitas (Cod., lib. IV, tit. XI, *defens*. 34).

On a recours aussi quelquefois, afin de vider ces questions d'identité, à la comparaison des signatures empruntées, au moyen de fac-simile, aux différents actes qui portent le même nom; la ressemblance ou la différence de ces signatures deviennent ainsi des preuves pour ou contre l'identité de la personne.

C'est aux magistrats qu'il appartient d'apprécier ces différentes espèces de preuves en fait, dans chacune des espèces qui leur sont soumises (comp. les arrêts cités, *supra*, n° 340; et Lyon, 27 juin 1834, Buisson, Dev., 1834, II, 349; D., *Rec. alph* (nouv. édit.), v° *Success.*, t. 41, p. 204, n°s 181-183).

342. — On enseignait, dans notre ancien droit, que la preuve de la parenté, à l'effet d'exclure le fisc, devait être admise beaucoup plus facilement que lorsqu'il s'agissait de prononcer entre plusieurs personnes qui se disputaient une succession à titre de parenté; et on devait alors, disait-on, contre le fisc se contenter de *simples indices* (comp. Lebrun et Espiard son annotateur, liv. I, chap. VI, n° 19; Serres, *Inst. cout.*, liv. III, tit. V, p. 431).

On ne saurait poser aujourd'hui en thèse de droit une telle différence; ce que l'on peut dire seulement, c'est que, lorsqu'il s'agit d'établir une parenté au douzième degré (comp. art. 755, 768), les preuves précises et rigoureuses devenant de plus en plus difficiles à fournir, le pouvoir d'appréciation discrétionnaire des magistrats augmente ainsi nécessairement; mais ce n'est pas là un motif, néanmoins, pour mettre l'État, ou, comme on dit, le fisc, en quelque sorte, *hors la loi!*

343. — Nous n'avons pas eu, dans tout ce qui précède, à nous occuper de l'alliance, ni des alliés du défunt.

L'alliance n'hérite pas! C'est une maxime proverbiale de notre droit français. Le conjoint du défunt peut être appelé, il est vrai; mais les époux, qui sont la source de

l'alliance, ne sont pas eux-mêmes véritablement alliés; ils ne font qu'un! (Comp. notre t. III, n° 110; art. 731, 755, 767, 768.)

§ II.

Exposition des différents systèmes de succession ab intestat, qui ont été suivis en France, soit dans notre ancienne législation, soit dans la législation intermédiaire.

SOMMAIRE.

344. — Division.
345. — N° 1. Des systèmes de succession qui étaient suivis en France sous notre ancienne législation. — A. Des provinces de droit écrit.
346. — B. Des provinces coutumières.
347. — Suite. — Des propres de succession et des acquêts.
348. — De la succession déférée aux enfants et descendants du défunt.
349. — A défaut de descendants, on recherchait la nature et l'origine des biens. — De la règle : *paterna paternis, materna maternis*.
349 *bis*. — Suite.
350. — De la succession aux meubles et acquêts.
351. — La règle générale était que la proximité du degré de parenté décidait de la préférence; et les parents à égal degré étaient appelés concurremment. Cette règle recevait toutefois deux exceptions :
352. — De la représentation.
353. — Du privilége du double lien.
354. — De la succession féodale. — Des biens nobles.
355. — N° 2. Du système de succession ab intestat sous la législation intermédiaire. — Tous les priviléges fondés sur la nobilité des biens et des personnes sont d'abord supprimés.
356. — La loi des 8-15 avril 1791 abolit aussi bientôt les droits d'aînesse et de masculinité, et les inégalités existant entre les enfants de différents mariages.
357. — C'est la loi du 17 nivôse an II qui doit être considérée comme le Code des successions ab intestat de la législation intermédiaire. — Trois grandes règles caractérisent le régime établi par cette loi.
358. — Appréciation générale. — Conclusion.

344. — Avant d'aborder le système du Code Napoléon sur les successions ab intestat, nous avons dit (*supra*, n° 318) qu'il importait de faire connaître les bases générales et les principaux traits des systèmes antérieurs qui ont régi la France :

1° D'après l'ancienne législation;

2° D'après la législation intermédiaire.

Nous avons maintenant à en tracer l'exposition rapide.

345. — N° 1. Les deux législations, le droit écrit et le droit coutumier, entre lesquelles le royaume était partagé sous l'ancienne monarchie française, offraient en cette matière, plus encore peut-être qu'en aucune autre, des différences profondes.

A. Dans les provinces de droit écrit, on observait, sauf quelques modifications, le système de succession ab intestat du droit romain dans son dernier état, tel que Justinien l'avait organisé par ses Novelles 118 et 127.

D'une part, tous les biens du défunt formaient une seule masse, une hérédité unique, soumise aux mêmes règles de transmission, dans tous les éléments qui la composaient, et dont on ne recherchait ni la nature ni l'origine : *non unius duo patrimonia*, avait dit Papinien (L. 30, § 1, ff. *de excusationibus*); et de là on avait fait la règle générale : *una persona, unicum patrimcnium* (comp. Laferrière, *Histoire du Droit*, t. II, p. 522).

D'autre part, ce système de transmission, fondé principalement sur l'ordre de la nature et sur les affections présumées du défunt, appelait successivement trois classes d'héritiers : les descendants, les ascendants et les collatéraux.

La préférence était, en général, déterminée, avant tout, par la classe, par la catégorie de la parenté; et ensuite, entre parents de la même catégorie, la proximité du degré décidait de la vocation, à quelque ligne de parenté d'ailleurs que le plus proche appartînt : *hos præponi jubemus, qui proximo gradu reperiuntur.... sive paterni, sive materni sint* (Nov. 118, cap. XI).

Cette règle souffrait toutefois des modifications sous l'un et sous l'autre rapport :

En premier lieu, et pour ce qui concernait la vocation successive et hiérarchique des trois classes de parents, les frères et sœurs germains, et même aussi leurs enfants

au premier degré (d'après la Novelle 127), quoique appartenant à la troisième classe, concouraient avec les descendants et excluaient tous les autres collatéraux, même les frères et sœurs consanguins ou utérins; c'est ce que l'on appelait le *privilége du double lien;* et ceux-ci, à leur tour, c'est-à-dire les frères et sœurs d'un seul côté, *ex uno parente*, ainsi que leurs enfants, lorsque le défunt ne laissait ni frères ni sœurs germains, ni neveux, ni nièces issus de ces frères et sœurs, étaient appelés à l'exclusion de tous les autres collatéraux.

En second lieu, et pour ce qui concernait, dans chaque classe, la vocation résultant de la proximité du degré, la représentation y faisait exception en ligne directe descendante à l'infini, et en ligne collatérale en faveur des enfants au premier degré des frères et sœurs, soit germains, soit consanguins, soit utérins, *paternum adingredientes gradum* (Nov. 127, *præfatio*).

Le partage d'ailleurs avait lieu, entre les héritiers, par tête, excepté 1° dans le cas d'une hérédité échue à des ascendants de même degré et appartenant à chacune des lignes paternelle et maternelle; l'hérédité était alors d'abord partagée *ex æquo* entre les deux lignes; 2° dans le cas de la représentation où l'on admettait le partage par souches; *quam successionem in stirpes vocavit antiquitas* (Nov. 118, cap. I et XI; comp. Serres, *Inst. du Droit franç.*, liv. III, tit. I; Lebrun, *des Success.*, liv. II, chap. I, sect. II; Davot et Bannelier, Traité, etc., *de Droit franç.*, à l'usage du duché de Bourgogne, t. III, liv. III, traité V, chap. I; Merlin, *Rép.*, v° *Paterna paternis,* sect. I).

Quelque jugement que l'on veuille, à certains points de vue, porter sur ce système, du moins faut-il reconnaître qu'il était très-simple et très-net.

346. — B. Rien n'était, au contraire, plus compliqué que le système, ou plutôt que les systèmes si nombreux et si divers de succession ab intestat, qui régissaient les anciennes provinces coutumières.

Nous n'entreprendrons pas d'en retracer ici toutes les combinaisons ni toutes les variétés; il nous suffira de rappeler celles des règles les plus générales et les plus saillantes qui, dans ces institutions du passé, projettent encore leurs lumières et leurs enseignements sur les institutions du présent.

Au premier rang de ces règles, apparaît la distinction fondamentale, que le droit coutumier faisait entre les divers éléments du patrimoine héréditaire pour en régler la transmission. La conservation des biens dans les familles, tel était son but principal; et ce n'était que secondairement, pour une certaine espèce de bien seulement : les *meubles* et les *acquêts*, qu'il s'attachait à l'ordre présumé des affections du défunt.

L'esprit de notre droit coutumier, dit Pothier, *est que chacun conserve à sa famille les biens qui lui en sont venus* (Traité des Propres, Introduct.). Et de là, *la succession aux propres*, et aussi *le retrait lignager*, et *les réserves coutumières*.

A cet effet donc, les coutumes distinguaient les meubles d'avec les immeubles; et parmi les immeubles, les propres d'avec les acquêts.

La succession aux propres était réglée tout autrement que la succession aux meubles et aux acquêts; de telle sorte que ces différentes espèces de biens formaient, dans la même succession, autant de successions distinctes auxquelles étaient appelés des héritiers différents.

347. — Les propres de succession étaient, dit Pothier, « les héritages de nos ancêtres ou autres parents, qu'ils nous ont transmis par succession ou par quelque autre titre équipollent à succession. » (*Introd. génér. aux cout.*, chap. II, art. 3.)

On faisait d'ailleurs entre les propres un grand nombre de divisions; et on distinguait les *propres réels, les propres fictifs parfaits ou imparfaits, et les propres conventionnels; les propres naissants ou avitins; les propres*

paternels et les propres maternels; les propres de ligne et les propres sans ligne (comp. Pothier, *loc. supra cit.*, et Traité *des Propres*, sect. I, § 1 et suiv.; Lebrun, *des Success.*, liv. II, chap. I, sec. I; Merlin, *Rép.*, v° *Propre*).

Les héritages qui n'avaient pas la qualité de *propres*, étaient appelés *acquêts*.

348. — L'hérédité tout entière était d'abord dévolue aux enfants et descendants du défunt qui partageaient entre eux par tête ou par souche, selon qu'il y avait ou non lieu à la représentation (*infra* n° 352). Et encore même, y avait-il, dans ce premier ordre de succession, beaucoup de distinctions à faire entre les fils et les filles dotées ou non dotées, qui étaient exclues dans un grand nombre de coutumes, toujours par le même esprit de conservation des biens dans les familles; entre les aînés et les puînés; entre les enfants du même mariage ou de mariages différents, *des lits brisés et des lits à part*, comme on disait dans certaines provinces (Lorraine, art. 125; Lebrun, liv. I, chap. IV, sect. V).

L'ordre des descendants excluait d'ailleurs tous les autres et pour tous les biens; c'est ce que l'on exprimait par ces mots : *Tant que la tige a souche, elle ne se fourche.... Est-ce pas*, dit Loisel, *tant que la tige directe dure, la collatérale n'a point lieu* (*Inst. cout.*, liv. II, tit. V, règle 7, édit. Dupin et Laboulaye).

349. — Mais lorsque le défunt ne laissait pas d'*hoirs de son corps* (Orléans, art. 313), c'est-à-dire à défaut de descendants, on recherchait la nature et l'origine des biens.

La succession aux propres était dévolue aux parents de la ligne et de la souche d'où ils étaient provenus; d'où la règle célèbre : *Paterna paternis, materna maternis.*

Les coutumes, d'accord en général sur ce principe, offraient toutefois, dans son application, beaucoup de diversités :

Les unes remontaient jusqu'à l'origine du propre, c'est-à-dire jusqu'à celui qui, le premier, l'avait mis dans la famille; et elles l'affectaient uniquement à ceux qui descendaient de ce premier acquéreur; c'étaient les coutumes *souchères*, comme, par exemple, celle de Touraine;

Les autres, telle que la coutume de Paris, quoiqu'elles remontassent aussi à l'origine des propres, les attribuaient non pas seulement aux descendants du premier acquéreur, mais à toute sa parenté; c'étaient les coutumes de *côté et ligne*, ainsi appelées parce qu'il y suffisait, pour succéder aux propres, de toucher de parenté collatérale celui qui les avait mis dans la famille.

Il y en avait, enfin, qui ne remontaient pas à l'origine du propre, et qui attribuaient indistinctement à tous les parents paternels du défunt les héritages qui lui étaient échus de la succession de son père ou de quelqu'un de ses parents paternels, et à tous ses parents maternels les héritages qui lui étaient échus de la succession de sa mère ou de quelqu'un de ses parents maternels; c'étaient les coutumes de *simple côté* (comp. cout. de Normandie, art. 244; Loisel, *loc. supra cit.;* Lebrun, liv. II, chap. I, sect. II; Merlin, *Rép.*, v° *Paterna paternis*).

D'où il arrivait qu'un parent collatéral éloigné pouvait exclure l'ascendant peut-être le plus proche du défunt; et c'était, en effet, une des maximes les plus certaines, autrefois, en cette matière, que *les propres ne remontent point* (art. 312, cout. de Paris), ou encore plus explicitement, que *les ascendants ne succèdent point aux descendants* (art. 3, tit. *des Successions*, cout. d'Auvergne); ce qui s'entend, bien entendu, seulement, ajoutait Lebrun, quant aux propres (liv. I, chap. V, sect. 5, n° 2).

Quelle était l'origine de cette règle? c'est un point assez obscur et que nous n'avons pas ici à approfondir. Entre les diverses opinions qui se sont produites, la plus exacte nous paraîtrait celle d'après laquelle cette règle établie

d'abord à l'égard des fiefs qui n'avaient été rendus héréditaires qu'en faveur des descendants des vassaux, et à l'exclusion des ascendants que leur âge rendait incapables de porter les armes, aurait été ensuite étendue à la succession des biens de franc-alleu (comp. Merlin, *Rép.*, v° *Paterna paternis;* Loisel, *Inst. cout.*, liv. II, tit. v, règle 16, édit. Dupin et Laboulaye; Taulier, t. III, p. 65).

Remarquons, toutefois, que cette règle avait subi, dans le dernier état du droit coutumier, des modifications notables. C'est ainsi que les ascendants succédaient, non-seulement à défaut de tous parents du côté où les propres étaient venus, mais encore lorsqu'ils se trouvaient eux-mêmes les plus proches de ce côté; car la maxime, *propres ne remontent,* n'ayant pour but que d'empêcher les proches de fourcher dans une autre ligne, *ne labantur in diversam lineam*, on avait justement pensé qu'elle n'avait pas, dans ce dernier cas, de raison d'être (comp. art. 317 de la Cout. d'Orléans; Lebrun, *loc. supra cit.*, sect. IV; Pothier, *Introduct. au tit. XVII de la Cout. d'Orléans;* n° 28).

349 *bis.* — Il faut aussi mentionner le droit en vertu duquel les ascendants étaient appelés à succéder aux propres qu'ils avaient donnés à leurs enfants, lorsque ceux-ci décédaient sans postérité (comp. Paris, art. 313; Orléans, art. 315).

350. — Quant à la succession aux meubles et acquêts, les coutumes avaient pris en général pour règle l'ordre présumé des affections du défunt; et, sous ce rapport, elles étaient conçues dans le même esprit que le droit de Justinien, tel qu'il était observé dans les provinces de droit écrit; mais pourtant elles différaient encore, en beaucoup de points, du droit écrit, autant d'ailleurs qu'elles différaient entre elles les unes des autres; et le règlement de cette succession aux meubles et aux acquêts offrait aussi une très-grande diversité dans les dé-

tails de son application, suivant les différentes provinces.

C'est ainsi, par exemple, qu'à la différence des Novelles 118 et 127, qui faisaient concourir avec les ascendants les frères et sœurs germains, et les enfants de ces frères et sœurs prédécédés (*supra*, n° 345), la coutume de Paris appelait, au contraire, les ascendants, à l'exclusion de tous les collatéraux (art. 311).

C'est ainsi que la coutume de Paris et la coutume d'Orléans, conformes en ce qui concernait la succession aux meubles, réglaient, au contraire, différemment l'une de l'autre, la succession aux acquêts, pour lesquels, ainsi que nous venons de le dire, la coutume de Paris préférait les ascendants aux frères et sœurs, tandis que la coutume d'Orléans ne préférait aux frères et sœurs que le père et n'accordait qu'un droit d'usufruit aux aïeuls et aïeules en concours avec les frères et sœurs (comp. Orléans, art. 313 et 317; Paris, art. 316; Pothier, *Introduct. au tit. XVII de la Cout. d'Orléans*, n°s 25, 27).

En général, pourtant, l'esprit des coutumes était de diviser par moitié la succession aux meubles et acquêts entre les deux lignes paternelle et maternelle du défunt; et il y en avait même qui, après avoir ainsi divisé et *fendu* cette succession entre les deux lignes, la divisaient et la *refendaient* encore à l'infini entre les différentes branches de chaque ligne. Cette *refente* avait toutefois soulevé de vives controverses; et la jurisprudence des arrêts paraissait l'admettre ou la rejeter, suivant que les héritiers se trouvaient, dans chacune des lignes, à des degrés égaux ou à des degrés inégaux (comp. Lebrun, liv. II, chap. I, sect. II, n° 13; Merlin, v° *Fente et refente*, et *représentation*, sect. II, § 4, n°s 5 et 12).

351. — La règle commune, d'ailleurs, dans ces différentes espèces de succession, était que la proximité du degré de parenté décidait de la préférence; et les parents à égal degré étaient appelés ensemble concurremment.

Cette règle, toutefois, recevait deux exceptions :

La première, résultant de la *représentation;*

La seconde, du *privilége du double lien.*

332. — En ce qui concerne la représentation, les coutumes offraient encore beaucoup de diversités.

Il y en avait quatre (Ponthieu, Boulonnois, Artois et le Hainaut), qui ne l'admettaient jamais, pas même en ligne directe.

Mais elles étaient, en cela, tout à fait exceptionnelles; et la représentation en ligne directe à l'infini formait, au contraire, le droit commun des pays coutumiers.

Quant à la représentation en ligne collatérale, on distinguait trois classes de coutumes :

Les unes, qui la rejetaient entièrement;

Les autres, qui l'admettaient dans les termes de la Novelle 118, en faveur des neveux et des nièces du défunt (Paris, art. 320; Orléans, art. 318);

Les troisièmes, enfin, *dont l'esprit*, dit Pothier, *était de conserver l'égalité entre les lignes*, admettaient la représentation en ligne collatérale à l'infini, en quelque degré que ce fût, égal ou inégal, à la condition, bien entendu, lorsqu'il s'agissait de la succession d'un propre, que le représentant fût de la ligne d'où le propre était venu (Pothier, *des Success.*, chap. II, sect. III, § 2).

333. — Le privilége du double lien ne faisait pas, comme la représentation, exception à la règle que le parent du degré le plus proche exclut le parent du degré le plus éloigné. Ce n'était, en effet, qu'autant que les parents unis au défunt par le double lien, *ex utroque parente*, se trouvaient *en pareil degré* avec les parents qui ne lui étaient unis que par le simple lien, *ex uno parente*, que les premiers étaient préférés aux seconds; le privilége du double lien ne faisait donc exception qu'à cette partie de la règle, d'après laquelle les parents à égal degré étaient appelés concurremment.

Notons aussi que ce privilége n'existait que dans la

succession aux meubles et acquêts, et non point dans la succession aux propres (art. 330, Orléans); d'où il suivait, par exemple, que, pour la succession à un propre paternel, le frère consanguin du défunt avait autant de droit que le frère germain; car, après tout, l'un n'appartenait pas plus que l'autre à la ligne d'où ce propre était venu.

Les coutumes, au reste, n'étaient pas moins diverses sur le privilége du double lien que sur la représentation :

Les unes l'admettant, conformément au droit de Justinien, en faveur des frères et sœurs, et des neveux et des nièces (*supra*, nº 345);

Les autres y ajoutant les oncles et tantes;

Celles-ci, au contraire, ne l'accordant qu'aux frères et sœurs, sans y ajouter les neveux et nièces.

Il y en avait aussi qui ne s'en expliquaient pas; et l'on pensait généralement, malgré certaines dissidences, que, dans ces coutumes, la prérogative du double lien ne pouvait pas être exercée, *comme étant contraire à la règle générale des successions, qui les défère à tous les parents qui sont en parité de degré;* pas plus que dans les coutumes qui l'accordaient à certains parents, elle ne pouvait être étendue à d'autres parents (comp. Pothier, *des Success.*, chap. II, sect. III, art. 2, § 2 et 3; Lebrun, liv. I, chap. IV, sect. II; Merlin, *Rép.*, vº *Double lien*).

354. — Nous avons spécialement exposé, dans tout ce qui précède, les règles de la succession aux biens de franc-alleu, de la *succession allodiale*.

Nous n'avons pas à rappeler ici la *succession féodale*, dans laquelle on distinguait les biens immeubles en nobles et roturiers, et où la transmission héréditaire des biens nobles ou fiefs était soumise à des règles particulières qui différaient également entre elles, suivant les différentes coutumes (comp. Pothier, *des Success.*, chap. II, sect. I, art. 2; et *Intr. au tit. des fiefs*, chap. IX *de la Succession aux fiefs*, nºs 292 et suiv.).

355. — N° 2. — Tel était, en cette matière, l'état de notre ancienne législation française, à l'époque de la révolution de 1789.

Le sort qui lui était réservé dans la transformation politique et sociale qui allait s'accomplir, ne pouvait pas être douteux.

Par la loi du 4 août 1789, l'Assemblée nationale *détruit entièrement le régime féodal* (art. 1); et ainsi s'écroulent d'abord tous les priviléges qui reposaient sur la nobilité des biens et des persônnes. Ce ne fut, toutefois, que par la loi du 15 mars 1790 (tit. I, art. 11) que *les effets généraux de la destruction du régime féodal* furent appliqués aux successions.

356. — Bientôt la loi du 8-15 avril 1791 vient proclamer le principe de l'égalité de tous les enfants dans la famille.

Plus de droits d'aînesse! plus de droits de masculinité! plus d'exclusions coutumières ni en ligne directe ni en ligne collatérale! plus de différence, enfin, entre les enfants nés de divers mariages! (Art. 1.)

La représentation aura lieu aussi désormais partout à l'infini en ligne directe descendante (art. 2).

De telle sorte que les enfants et descendants, sans distinction, succèdent tous également, soit par tête, soit par souche, dans le cas où il y a lieu à la représentation (comp. lois des 19-26 mars 1790; du 22 nov. 1790; des 4 janv. et 30 sept. 1793; Cass., 8 août 1838, Remy, Dev., 1838, I, 847).

357. — Mais c'est la loi du 17 nivôse an II, qui doit être surtout considérée comme le code des successions ab intestat de la législation intermédiaire.

Trois règles principales caractérisent particulièrement ce régime :

D'abord, la loi déclare qu'*elle ne reconnaît aucune différence dans la nature des biens ou dans leur origine pour en régler la transmission* (art. 62). Ainsi sont abrogées les

distinctions coutumières des meubles et des immeubles, des propres et des acquêts, et, par suite, le système tout entier *paterna paternis, materna maternis*; c'est le retour au droit romain, qui consacrait l'unité du patrimoine (*supra*, n° 345).

Ensuite, à défaut d'enfants et de descendants du défunt (art. 64-68), la loi dispose que *si les héritiers du défunt descendent, les uns de son père, les autres de sa mère, une moitié de la succession sera attribuée aux héritiers paternels, et l'autre moitié aux héritiers maternels* (art. 83). Ainsi, au moyen de cette division, de cette *fente*, chacune des lignes, si elle ne succède pas exclusivement aux biens qui étaient provenus de son côté, y succédera toujours, du moins pour la moitié.

Et remarquons que la loi abroge le privilége du double lien, ajoutant seulement que si des parents collatéraux descendent tout à la fois des auteurs de plusieurs branches appelées à la succession, ils recueilleront cumulativement la portion à laquelle ils sont appelés dans chaque branche.

Mais fallait-il ensuite, après la *fente* entre les deux lignes, opérer une *refente* entre les différentes branches de chaque ligne? la loi du 17 nivôse ne s'en expliquait pas formellement; et ce fut là l'une des questions les plus célèbres et les plus débattues de cette époque transitoire. Le tribunal de Cassation, qui en avait été saisi, en référa au pouvoir législatif le 24 germinal an VI. Une commission, nommée par le conseil des Cinq-Cents, avait proposé une résolution contraire au système de la refente; mais ce projet fut rejeté le 8 nivôse an VII; et le tribunal de Cassation se prononça en faveur de la *refente* le 18 germinal (Havard) et le 28 messidor de la même année (Bourla, Dev. et Car., *Collect. nouv.* I, I, 148). Toutefois le succès de cette opinion dura peu; et le tribunal de Cassation lui-même rendit ensuite un assez grand nombre de décisions qui proscrivaient, au contraire, le système de la refente (comp. *supra*, n° 350, et *infra*, n° 374; art. 77

et 83 de la loi du 17 nivôse an II; Cass., 12 brumaire, Bourla; 1 et 11 nivôse an IX, Navaria, Sirey, 1801, II, 648; 13 floréal an X, Lecacheux, Sirey, 1802, I, 292; 4 ventôse an XI, Bourla, Sirey, 1803, II, 297; 13 messidor an XII, Depinoy, Sirey, 1804, II, 729; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Succession*, § 8).

Enfin, la troisième règle notable de la loi du 17 nivôse est relative à la vocation des différents ordres d'héritiers; cette loi décide que *les parents collatéraux du défunt succèdent même au préjudice de ses ascendants, lorsqu'ils descendent d'eux ou d'autres ascendants au même degré* (art. 76); et elle admet *la représentation jusqu'à l'infini en ligne collatérale* (art. 77).

D'où il suit :

D'une part, que non-seulement les père et mère sont exclus par les frères et sœurs, mais que les aïeuls et aïeules sont exclus par les oncles et tantes; les bisaïeuls par les grands-oncles, etc.;

Et d'autre part, que les ascendants sont exclus non-seulement par les neveux et nièces, petits-neveux et petites-nièces, etc., venant par représentation des frères et sœurs, mais encore par des cousins et arrière-cousins, de degrés plus ou moins éloignés, venant par représentation des oncles ou tantes, des grands-oncles et des grand'tantes, etc. (Art. 77, 78, 79, 80, 81.)

Et, dans ces cas, conformément aux règles de la représentation, la succession se divise entre tous les neveux ou nièces, petits-neveux ou petites-nièces, cousins ou arrière-cousins, etc., *en autant de parties qu'il y a de branches appelées à la recueillir; et la subdivision se fait de la même manière entre ceux qui en font partie* (art. 83; comp. *Code des succes. et explicat. de la loi du 17 nivôse an* II, par le citoyen Vermeil; et Laferrière, *Histoire des principes, des institutions et des lois de la révolution française*, liv. II, chap. II, sect. II, p. 313 et suiv.).

358. — Telle fut, dans ses bases principales, cette

loi célèbre, où l'on reconnaît bien le caractère distinctif de toutes les grandes réformes législatives de cette époque : d'une part, des règles équitables et vraies, appropriées à la constitution et aux mœurs de la nouvelle société française ; mais d'autre part, les conséquences de ces règles poussées jusqu'aux plus radicales et aux plus fausses exagérations.

Il serait assurément fort injuste de ne pas rendre à la loi du 17 nivôse an II, la justice qui, sous beaucoup de rapports, lui est due. Elle n'avait pas seulement le mérite de substituer des règles uniformes à toutes les diversités du droit romain et des coutumes, elle posait, en outre, pour le règlement des successions ab intestat, des bases, que le législateur de 1804, dans des temps plus calmes, devait bientôt lui-même affermir et consacrer. La suppression de toute distinction des biens, à raison de leur nature et de leur origine, et pour y suppléer, le partage de la succession totale entre les deux lignes de la parenté, le principe du classement des héritiers en trois ordres, descendants, ascendants et collatéraux (art. 63), c'étaient là, sans doute, des dispositions inspirées par le louable et politique désir de conserver les biens dans les familles, et de suivre, pour la dévolution héréditaire, l'ordre présumé des affections naturelles du défunt.

Mais quels écarts ensuite ! et quels excès ! que c'était bien là le triomphe de cet esprit de démocratie radicale, sans discernement et sans frein, qui veut pousser, toujours et quand même, au morcellement de la propriété et au nivellement des fortunes ! Et voilà comment s'écartant, au delà de toutes bornes, de la règle de la proximité du degré de parenté comme cause de préférence, la loi du 17 nivôse appelait des légions d'héritiers, au moyen de cette représentation qu'elle avait admise à l'infini, en ligne collatérale, des héritiers qui se présentaient au lieu et place de parents décédés déjà depuis longtemps ; d'où résultait, dans les liquidations de successions, une source

inépuisable de complications et de procès. La distinction que cette loi faisait en même temps entre la famille supérieure et la famille inférieure du *de cujus* (art. 76, 77), distinction fondée sans doute sur des considérations fort sérieuses, était d'ailleurs impuissante pour corriger le vice profond de ce système.

Mais rien de ce qui est violent et excessif ne saurait durer; et il était manifeste qu'une pareille législation ne pouvait être le régime de la France régénérée et apaisée.

§ III.

Exposition des bases générales du système de succession ab intestat, qui a été consacré par notre Code.

SOMMAIRE.

359. — L'exposition historique qui précède, abrégera beaucoup ce que nous avons maintenant à dire des bases générales sur lesquelles les auteurs du Code Napoléon ont fondé leur système de succession ab intestat ; car ces bases ayant été empruntées par eux, en partie au droit écrit, en partie au droit coutumier, nous sont déjà connues d'avance.

360. — Et d'abord, l'article 731 dispose que :

« Les successions sont déférées aux enfants et descen-
« dants du défunt, à ses ascendants et à ses parents col-
« latéraux, dans l'ordre et suivant les règles ci-après dé-
« minées. »

C'est aux parents du défunt (jusqu'au 12e degré, art. 755) que la succession est déférée; mais la loi, bien entendu, ne les appelle pas tous indistinctement ; et elle détermine, au contraire, un ordre, en quelque sorte, hiérarchique de vocation.

La règle générale est que la préférence est déterminée d'abord par la qualité de la parenté ; et à cet effet, la loi établit plusieurs classes ou catégories de parents, et ensuite, dans chacune des catégories, la vocation dépend de la proximité des degrés.

Ce n'est donc pas toujours le plus proche qui exclut le plus éloigné.... *nec eum quidem qui proximior sit cogna-*

tus, semper potiorem esse (Inst., *de grad. cognat.*, § 2). Cette règle n'est vraie, en général, qu'entre ceux qui appartiennent au même ordre de parenté. C'est ainsi, par exemple, que le petit-fils du défunt exclut le père, quoique le petit-fils soit à deux degrés, et le père seulement à un degré du *de cujus* (art. 745) ; mais le petit-fils appartient au premier ordre de la parenté, *cum prima causa sit suorum hæredum* (Inst., *loc. supra*).

Deux choses sont donc, en général, à considérer en matière de vocation héréditaire, à savoir :

1° L'ordre de la parenté ;

2° Entre parents appartenant au même ordre, la proximité du degré.

361. — Cela posé, il semblerait résulter de notre article 731 qu'il n'y a que trois classes de parents, et que de la même manière que les enfants et descendants du défunt marchent toujours avant les ascendants et les collatéraux, de même les ascendants, à leur tour, marcheraient toujours avant les collatéraux.

Il n'en est pas ainsi pourtant ; et de l'ensemble des dispositions du Code, il résulte, au contraire, qu'il existe, dans l'ordre des collatéraux, des parents privilégiés (les frères et sœurs, germains, utérins et consanguins du défunt, et leurs descendants), qui sont préférables aux ascendants autres que les père et mère, et avec lesquels les père et mère eux-mêmes ont seulement le droit de concourir ; de telle sorte qu'en réalité, notre Code distingue quatre ordres ou catégories de parents, savoir :

1° Les enfants et descendants ;

2° Les frères et sœurs, soit germains, soit consanguins ou utérins, et les descendants des frères et sœurs, sous la réserve du droit des père et mère ;

3° Les ascendants, sauf le droit des père et mère de concourir avec les frères et sœurs et descendants d'eux ;

4° Tous les collatéraux autres que les frères et sœurs ou leurs descendants (comp. art. 746, 748, 749, 750, 751).

362. — Quant à la règle qui, entre les parents du même ordre, détermine la vocation par la proximité du degré, nous verrons qu'elle peut aussi être modifiée par la représentation, que notre Code a admise, en ligne directe, à l'infini, et en ligne collatérale, en faveur des enfants et descendants des frères et sœurs du défunt.

363. — Et maintenant, de quelle manière et d'après quelles bases les biens sont-ils dévolus à ces différents héritiers ?

A l'égard des enfants et descendants du défunt, rien de plus simple ; la succession tout entière leur est déférée, à l'exclusion de tous les autres ; et entre eux, ils partagent soit par tête, soit par souche, suivant qu'ils viennent de leur chef ou par représentation, sans aucune distinction d'ailleurs entre les aînés et les puînés, entre les fils et les filles, entre les enfants issus de même ou de différents mariages. Notre Code consacre de plus en plus l'abolition des priviléges et des inégalités que la législation intermédiaire avait déjà prononcée (art. 745 ; *supra*, n° 356).

Il ne saurait d'ailleurs y avoir lieu, dans ce cas, à aucune division de la succession entre la ligne paternelle et la ligne maternelle, puisque les enfants se rattachent évidemment par les deux lignes à leur auteur commun, ou plus exactement peut-être, puisque la distinction des lignes leur est inapplicable (comp. art. 633, et *supra*, n° 332).

364. — Mais, lorsque à défaut d'enfants, la succession est déférée à des ascendants ou à des collatéraux, les auteurs de notre Code ont fait, s'il est permis de dire ainsi, de l'éclectisme ; et ils ont adopté une sorte de transaction et de *moyen terme*, dont la première idée appartient à la loi du 17 nivôse, entre le système du droit écrit et le système du droit coutumier (M. Berlier, *voy.* Locré, t. XII, p. 15).

Le droit écrit avait sans doute sur le droit coutumier

un grand avantage, c'est qu'il ne recherchait ni la nature ni l'origine des biens, recherches difficiles et dispendieuses. Mais, en revanche, lorsqu'il déférait la succession au parent le plus proche, sans distinction de ligne, il avait le grand inconvénient de donner tout aux uns et rien aux autres, et fort souvent d'enrichir ainsi une seule ligne de parenté, des biens qui provenaient exclusivement de l'autre ligne (*supra*, n° 345).

Le droit coutumier ne commettait pas, lui, cette injustice ; et, à ce point de vue, avec cette maxime : *paterna paternis*, *materna maternis*, il avait sur le système du droit écrit un grand avantage ; mais, en revanche aussi, il avait le grand inconvénient de ces recherches si compliquées et si coûteuses sur l'origine des biens, et qui devenaient dans les familles une cause incessante de difficultés et de procès.

Eh bien donc! les auteurs du Code Napoléon ont entrepris d'éviter les inconvénients de ces deux systèmes, en conciliant, autant que possible, les avantages particuliers de chacun d'eux.

Et de là, les deux bases fondamentales de notre régime de succession ab intestat :

L'une, posée dans l'article 732 ;

L'autre, dans l'article 733 ;

Articles (732 et 733), entre lesquels, disait le consul Cambacérès, *il y a connexité*, parce qu'ils sont, en effet, les termes corrélatifs de la transaction que le droit nouveau établit entre les deux systèmes de l'ancien droit (*voy.* Locré, t. XII, p. 14).

365. — L'article 732 est d'abord ainsi conçu :

« La loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens « pour en régler la succession » (*voy.* toutefois art. 351, 352, 747, 766).

Tels étaient déjà presque littéralement les termes de l'article 62 de la loi du 17 nivôse ; et par là, se trouve définitivement consacrée la suppression de toutes les dis-

tinctions des biens en nobles et roturiers, en meubles et immeubles, en propres et acquêts.

La règle *paterna paternis, materna maternis*, est elle-même frappée d'une nouvelle abrogation.

Cette grande réforme ne fut pas toutefois accomplie sans quelques résistances. Deux des membres les plus éminents du conseil d'État, Cambacérès et Bigot-Préameneu, proposèrent le maintien, ou plutôt le rétablissement de la maxime *paterna paternis*, en restreignant ses effets à des degrés de parenté assez proches pour que l'origine des biens ne fût enveloppée d'aucune incertitude. Trois considérations principales étaient surtout invoquées en faveur de ce système de transmission des propres :

1° Il était équitable; car il reposait sur l'idée d'une sorte de droit de retour, par l'effet duquel les biens qui étaient sortis d'une ligne, revenaient à leur point de départ, c'est-à-dire à la source même qui les avait produits : *retournant*, disait la coutume de Paris, *les héritages paternels aux parents paternels, et les héritages maternels aux parents maternels* (art. 324 ; ajout. aussi l'article 245 de la Cout. de Normandie). Lorsque, par exemple, un homme est mort laissant deux fils qui se sont partagé sa succession, n'est-il pas juste, si l'un d'eux décède ensuite sans enfants, que les immeubles qu'il a recueillis dans la succession du père commun, soient rendus à son frère survivant, puisque celui-ci les aurait seul, en effet, tous recueillis, si son frère n'avait pas existé ?

2° Ce système était conforme aux affections présumées du défunt; « car, dans tous les cœurs, on trouve le désir que les biens d'une famille ne passent pas à l'autre, par suite du système de succession. »

3° Enfin, il était politique, en ce qu'il favorisait les mariages ; car un collatéral se montrera plus facile à donner, lorsqu'il sera certain que jamais sa libéralité ne passera dans une autre famille.

Ces considérations étaient graves sans doute ; mais pourtant elles ne prévalurent pas ; et l'on répondit :

1° L'idée d'un droit de retour impliquerait une sorte de copropriété des propres au profit de tous les membres de la ligne d'où ils sont provenus ; et en effet, dans beaucoup de provinces autrefois, la règle *paterna paternis, materna maternis*, ne procurait pas seulement la dévolution ab intestat des propres anciens aux parents de l'auteur commun qui les avait possédés ; elle allait jusqu'à interdire la disposition de cette espèce de biens par testament ; et c'est ainsi que, dans la coutume de Paris, on ne pouvait disposer que du *quint* des propres (comp. Argou, *Institut. au Droit français*, t. I, p. 253). Or, nul ne proposerait aujourd'hui d'aller jusque-là ! S'il en était ainsi, disait Portalis, *la propriété ne serait plus dans l'individu, elle serait dans la famille entière*. Mais l'individu, au contraire, dès qu'il a succédé, est devenu seul et unique propriétaire ; s'il avait dissipé les propres par lui recueillis, les parents de la ligne d'où ils étaient provenus, n'auraient eu rien à dire ; et ils ne sauraient avoir plus de droits, par cela seul que le possesseur des biens n'a pas été un dissipateur.

2° La donnée commune, d'ailleurs, est que l'une et l'autre ligne ont contribué à peu près également à former la masse de la succession ; on ne doit pas dès lors exagérer le danger qu'il peut y avoir, par la suppression de la règle *paterna paternis*, à ce que l'une des lignes s'enrichisse aux dépens de l'autre ; le patrimoine du défunt forme, en réalité, une sorte de fonds social, dans lequel chacune des lignes de parenté a presque toujours apporté sa mise.

3° Enfin, l'intérêt des mariages ne se trouve point ici engagé. Le donateur, en effet, aura toujours l'espérance que le mariage en faveur duquel il donne, produira des enfants ; il peut, au reste, s'il le désire, stipuler le droit de retour ; stipulation inutile même, lorsque la donation

est faite par un ascendant (art. 747). L'expérience, du reste, a déjà répondu ; on ne se mariait pas moins sans doute, et les donations en faveur de mariage n'étaient pas moins fréquentes dans les pays où la règle *paterna paternis* était inconnue, que dans les pays où elle était admise (comp. Fenet, t. XII, p. 14, 16; Locré, t. X, p. 185 et 244).

En conséquence, l'article 732 fut adopté, pour consacrer l'abrogation définitive de la règle *paterna paternis, materna maternis*.

366. — Mais en même temps on adoptait aussi l'autre disposition corrélative et connexe, dont voici les termes :

Article 733 : « Toute succession échue à des ascendants « ou à des collatéraux se divise en deux parts égales : « l'une, pour les parents de la ligne paternelle ; l'autre, « pour les parents de la ligne maternelle.

« Les parents utérins ou consanguins ne sont pas ex- « clus par les germains ; mais ils ne prennent part que « dans leur ligne, sauf ce qui sera dit à l'article 752. « Les germains prennent part dans les deux lignes.

« Il ne se fait aucune dévolution d'une ligne à l'autre, « que lorsqu'il ne se trouve aucun ascendant ni collaté- « ral dans l'une des deux lignes. »

On peut voir que les trois dispositions dont se compose cet article, ont été encore empruntées aux articles 83, 89 et 90 de la loi du 17 nivôse an II.

Nous avons à fournir quelques observations sur chacune d'elles :

A. Et d'abord, d'après le premier alinéa de notre article 733, la division de la succession entre les deux lignes comprend non pas seulement, comme autrefois, les meubles et les acquêts, mais l'universalité des biens tout entière ; et cette extension du *système de la fente* a eu précisément pour but de remédier à l'inconvénient qui pouvait résulter de la suppression de la règle *paterna paternis, materna maternis ;* si les parents de la ligne pa-

ternelle n'auront plus désormais tous les *propres* qui étaient provenus de leur ligne, ils auront toujours, du moins, 1° la moitié de ces *propres ;* 2° et, en outre, la moitié des *propres,* qui étaient provenus de la ligne maternelle ; et ainsi réciproquement, pour les parents de la ligne maternelle.

Cette double compensation maintiendra d'une autre manière, mais presque toujours assez également et équitablement, l'équilibre que la distinction des propres avait établie entre les deux lignes de parenté.

367. — Cette division, cette *fente,* produit, s'il était permis de parler ainsi, comme une succession *en partie double ;* ou encore, elle fait, d'une seule et même succession, deux successions parallèles et distinctes, entre lesquelles on a même été jusqu'à dire que la loi élève *un mur de séparation !* (Cass., 12 brumaire an IX ; Merlin, *Quest. de Droit,* v° *Succession,* § 8.)

Cette image serait toutefois un peu exagérée ; et nous verrons plus tard que, malgré cette division entre les deux lignes, il n'existe qu'une seule et même succession ; mais la figure est exacte pour tout ce qui concerne le système des vocations héréditaires, en ce sens que la division s'opère, soit que les parents des deux lignes appartiennent au même ordre ou à différents ordres de parenté, soit *a fortiori,* qu'ils se trouvent, dans le même ordre, à des degrés égaux ou inégaux ; et c'est en effet, séparément et distributivement, dans chacune des deux lignes qu'il faut apprécier : 1° l'ordre de la parenté ; 2° la proximité du degré.

C'est ainsi :

D'une part, qu'un parent du quatrième ordre dans une ligne, tel par exemple qu'un oncle ou un cousin maternel, peut recueillir la moitié de la succession, en présence d'un parent du troisième ou même du second ordre dans l'autre ligne, tel par exemple que le père lui-même du défunt ;

Et, d'autre part, entre parents appartenant au même ordre, celui, par exemple, qui ne serait qu'au huitième degré dans sa ligne, s'il y était le plus proche, n'en recueillerait pas moins la moitié afférente à cette ligne, lors même qu'il se trouverait, dans l'autre ligne, un parent d'un degré bien plus proche.

Telle est la règle générale, qui comporte toutefois quelques exceptions ou restrictions, que nous avons à faire connaître.

368. — On peut dire que ces restrictions ou exceptions sont au nombre de quatre :

1° La division entre les deux lignes ne s'applique pas, lorsqu'il s'agit de régler le concours des frères et sœurs, soit germains, soit seulement utérins ou consanguins, ou de leurs descendants, avec le père ou la mère.

La moitié de la succession est attribuée, dans ce cas, aux père et mère, ou le quart au survivant, en cas de prédécès de l'un d'eux (art. 748, 749).

Et c'est ensuite, seulement, entre les frères et sœurs, ou leurs descendants, que s'opère la division entre les deux lignes, de l'autre moitié ou des trois quarts, lorsque, bien entendu, ils ne sont pas tous germains ou tous seulement soit utérins, soit consanguins ; car la division n'aurait pas d'intérêt, s'ils appartenaient tous aux deux lignes (les germains), ou s'ils n'appartenaient tous qu'à une seule même ligne (les consanguins ou les utérins) (comp. art. 733, 2e alinéa ; art. 751, 752).

2° La division entre les deux lignes ne s'applique pas non plus, lorsque le *de cujus*, décédé sans père ni mère, a laissé des frères ou sœurs, soit germains, soit même seulement utérins ou consanguins, ou des descendants de frères et sœurs ; car ceux-ci recueillent alors la totalité des biens à l'exclusion de tous autres ascendants ou collatéraux (comp. art. 733, 750, 752 ; *infra*, n° 455).

3° La division entre les deux lignes, qui a lieu, ainsi que nous venons de le dire (*supra*, n° 367), lors

même qu'il se trouve dans une ligne des collatéraux autres que des frères et sœurs ou descendants d'eux, et dans l'autre ligne le père ou la mère, la division qui a lieu, dans ce cas, disons-nous, est toutefois modifiée en ce sens que le père ou la mère survivant a l'usufruit du tiers de la moitié afférente à l'autre ligne (comp. art. 753, 754).

4° Enfin, la division entre les deux lignes cesse complétement, lorsque, à défaut de parents au degré successible dans une ligne, elle devient d'une application impossible ; les parents de l'autre ligne succèdent alors pour le tout (comp. art. 733, 3e alinéa ; art. 755 ; *infra*, n° 468).

369. — Il est bien clair aussi que la division entre les deux lignes peut cesser par l'effet des dispositions à titre gratuit, que le *de cujus* aurait faites. Il n'est ici question que de la succession ab intestat.

Dans quels cas le *de cujus* aura-t-il voulu déroger, par ses dispositions particulières, à la division de sa succession entre les lignes paternelle et maternelle ? c'est là une question en dehors de notre sujet actuel, une question d'ailleurs de simple interprétation de volonté.

On a donc pu décider d'une part :

Que celuiqui, dans son testament, ordonne le partage de ses biens par parties égales, entre ses parents collatéraux, a voulu ainsi virtuellement exclure le partage par lignes (comp. Aix, 2 janv. 1811, Aubert, Dev. et Car., *Collect. nouv.*, 3, II, 386 ; Toulouse, 14 févr. 1829, Raby, Sirey, 1829, II, 369) ;

Et d'autre part, au contraire, que lors même que le défunt aurait fait un legs plus ou moins considérable à l'un de ses parents de l'une ou l'autre ligne, à la condition qu'il renoncerait au surplus des biens de la succession, ce *surplus* n'en devait pas moins être divisé également entre les deux lignes (comp. Paris, 1er juillet 1811 ; Forget, Sirey, 1811, II, 399 ; Chabot, sur l'article 786,

n° 10; Poujol, sur l'art. 786, n° 5; Sebire et Carteret, *Encyclop. du Droit*, v° *Accroissement*, § 1, n° 5).

370. — B. La seconde disposition de l'article 733 consacre l'abrogation du privilége du double lien, que la loi du 17 nivôse an II avait déjà prononcée (comp. *supra*, n°s 345-353-357).

En conséquence, les parents du simple lien, *utérins* ou *consanguins*, ne sont plus exclus par les parents du double lien, *les germains*.

Seulement, comme la succession se divise entre la ligne paternelle et la ligne maternelle, pour être affectée par moitié aux membres de chacune d'elles, la conséquence toute simple en est :

1° Que les parents qui n'appartiennent qu'à l'une des lignes, ne prennent part que dans cette ligne;

2° Que les parents qui appartiennent aux deux lignes, prennent part, au contraire, dans ces deux lignes; c'est en cela que consiste uniquement aujourd'hui le privilége du double lien; et dans cette mesure, il est rationnel et équitable.

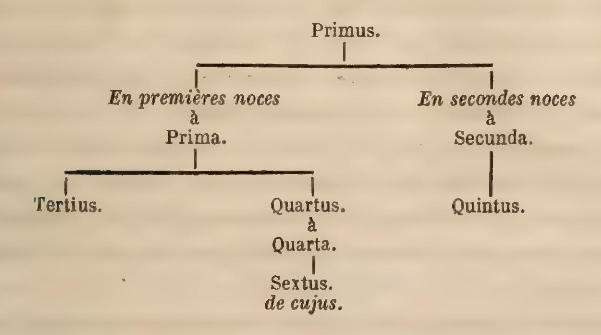
371. — Le droit de prendre part dans les deux lignes est accordé, dans les termes les plus généraux, par notre article 733, *aux germains*, *c'est-à-dire à tous les parents germains*, sans distinction, et de quelque degré qu'ils soient, par opposition *aux parents utérins ou consanguins*.

Pourtant, M. Duranton a mis en question si ce droit ne doit pas être restreint exclusivement aux *frères et sœurs germains ou descendants d'eux* (t. VI, n° 145); et à cette occasion, MM. Massé et Vergé font remarquer que « M. Duranton ne paraît pas saisir la distinction entre la règle de l'article 733 et celle de l'article 734 » (sur Zachariæ, t. II, p. 252).

La vérité est que la doctrine du savant auteur présente peut-être, en cet endroit, un peu d'obscurité et de confusion.

Pour établir que la germanité ne confère qu'aux *frères*

et sœurs ou à leurs descendants, le droit de prendre part dans les deux lignes, M. Duranton propose plusieurs exemples, qui ne sont, à notre avis, nullement concluants en faveur de sa thèse. Il nous suffira d'en citer un :



Dans cet exemple, l'auteur suppose que *Sextus* est décédé sans postérité, ni ascendants, ni frères, ni sœurs, ni descendants d'eux ; et qu'il a laissé, dans la ligne paternelle, son oncle *Tertius*, frère germain de son père, et son autre oncle, *Quintus*, qui était seulement frère consanguin de son père.

Et c'est sur cette hypothèse que M. Duranton se demande « si la moitié attribuée à la ligne paternelle doit se subdiviser en deux parts égales, dont l'une appartiendrait à *Tertius*, oncle du défunt par le double lien, et dont l'autre se partagerait avec *Quintus*, frère consanguin du père de *Sextus*. »

M. Duranton répond négativement ; et sa réponse nous paraît, en effet, de tout point, incontestable ; mais pourquoi ? c'est que *Tertius* et *Quintus* sont tous les deux seulement les oncles *paternels de Sextus*, puisqu'ils ne lui sont parents, l'un et l'autre, que par *Quartus*, son père, et non point par *Quarta*, sa mère ; ils n'appartiennent donc tous les deux qu'à la ligne paternelle ; et s'ils demandaient encore la division entre les branches, ils ne demanderaient autre chose que *une refente* entre les branches de la même ligne, refente expressément pro-

scrite, comme nous allons le voir, par l'art. 734 (*infra*. n° 374).

L'exemple proposé par M. Duranton ne prouve donc pas du tout que les parents autres que les frères et sœurs germains et descendants d'eux, lorsqu'ils appartiennent aux deux lignes, ne puissent pas prendre part dans ces deux lignes ; car les parents, dans les espèces qu'il suppose, n'appartiennent qu'à une seule ligne !

Concluons donc que, d'après les termes absolus de l'article 733, le droit de prendre part dans les deux lignes appartient à tous les parents germains, et non pas seulement aux frères et sœurs germains et à leurs descendants.

La Cour de Rouen a fait une remarquable et très-juste application de ce principe, en décidant qu'une femme qui avait épousé son cousin germain, pouvait succéder à son propre enfant, non pas seulement comme mère pour la moitié afférente à la ligne maternelle, mais encore comme cousine dans la ligne paternelle, s'il n'y avait, dans cette ligne, ni ascendants ni collatéraux plus proches qu'elle. On objectait vainement que la *mère* ne pouvait pas être la *cousine* de son propre enfant, et que sa qualité de mère absorbait tout autre rapport de parenté ! Nulle part, en effet, la loi ne consacre cette *absorption* ni cette incompatibilité ; et c'était même, dans notre ancien droit français, une maxime certaine que celui qui avait épousé sa cousine germaine, pouvait succéder aux propres *maternels* des enfants qu'il avait eus de ce mariage (comp. Rouen, 22 janv. 1841, Passé, Dev., 1841, II, 175 ; Pothier, *des Success.*, chap. II, sect. II, art. 2, et *Introduct. au tit. XVII de la Cout. d'Orléans*, n° 33 ; Lebrun, liv. I, chap. V, sect. IV, n° 3 ; Renusson, *des Propres*, chap. II, sect. XIX, n° 4 ; Marcadé, art. 733, n° 4 ; Demante, t. III, n° 44).

372. — Après avoir refusé d'admettre la *division* de la succession dans un cas où elle doit avoir lieu, il est

arrivé à M. Duranton de l'admettre ensuite dans un cas, au contraire, où elle doit être rejetée.

L'honorable auteur enseigne effectivement que lorsque à défaut de parents au degré successible dans une ligne, les parents de l'autre sont appelés à succéder pour le tout, il y aurait lieu, dans ce cas, à diviser par moitié la succession entre les deux branches de cette même ligne, de manière à ce que ceux qui seraient en même temps les parents du défunt dans l'une et l'autre branche de cette même ligne, prendraient part dans chacune des moitiés, tandis que ceux qui ne seraient parents que dans l'une des branches, ne prendraient part que dans la moitié afférente à cette branche (t. VI, n° 146).

Mais cette solution est manifestement contraire au texte formel des articles 733 et 734, dont l'un n'admet jamais la *fente* qu'entre les deux lignes principales, la ligne paternelle et la ligne maternelle du défunt; et dont l'autre proscrit toujours et absolument la *refente* entre les différentes branches de la même ligne; la théorie tout entière de notre Code ne proteste pas moins que la lettre, contre le système de la *refente*, dans quelque hypothèse que l'on veuille aujourd'hui l'introduire (comp. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 192).

373. — C. Nous avons, par avance, expliqué la troisième et dernière disposition de l'article 733, d'après laquelle :

« Il ne se fait aucune dévolution d'une ligne à l'autre, « que lorsqu'il ne se trouve aucun ascendant ni colla- « téral de l'une des deux lignes. »

Dévolution, c'est un terme technique dans notre matière, et qui désigne précisément *l'effet qui résulte de l'extinction ou de la renonciation d'une ligne à laquelle étaient affectés certains biens*, effet par suite duquel ces biens arrivent et sont *dévolus* à l'autre ligne (comp. Merlin, *Rép.*, v° *Dévolution coutumière*, § 1).

Dans chacune des lignes distributivement, il faut

descendre jusqu'au douzième degré; et ce n'est qu'à défaut de parents successibles, que la succession tout entière est attribuée aux parents de la seule ligne où se trouvent des successibles (art. 755).

Déjà nous avons vu que, dans l'ancien droit, contrairement à certaines prétentions qui auraient voulu les attribuer au fisc, les propres eux-mêmes étaient ainsi dévolus aux parents de la ligne d'où ces propres n'étaient pas provenus, à défaut de tous parents de celle des lignes qui les avait mis dans la famille (*supra*, n° 349).

374. — Enfin l'article 734 complète la théorie générale du Code Napoléon par la disposition suivante :

« Cette première division opérée entre les lignes pater-« nelle et maternelle, il ne se fait plus de division entre « les diverses branches; mais la moitié dévolue à chaque « ligne appartient à l'héritier ou aux héritiers les plus « proches en degrés, sauf le cas de la représentation, « ainsi qu'il sera dit ci-après. »

La loi du 17 nivôse an II ne renfermait point de disposition semblable; et on sait les controverses que son silence à cet égard avait soulevées. Il est vrai que l'opinion d'après laquelle cette loi n'admettait pas la *refente*, avait fini très-justement, suivant nous, par prévaloir (*supra*, n° 357); mais les auteurs du Code Napoléon ont néanmoins pensé qu'il était sage de prévenir le retour de toute difficulté sur ce point; et tel est le but de l'article 734.

Ainsi donc, une fois que la division, la *fente* de la succession a eu lieu entre les deux lignes principales de la parenté du *de cujus*, entre la ligne paternelle et la ligne maternelle, il n'y a plus lieu à aucune subdivision, à aucune *refente* entre les différentes branches de chacune de ces lignes.

Il faut se rappeler ici le principe que nous avons exposé (*supra*, n°s 326, 327), à savoir : que les parents paternels du *de cujus* sont ceux qui lui tiennent *par son père;* et

ses parents maternels, ceux qui lui tiennent *par sa mère*, sans remonter plus haut et sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les parents paternels ou maternels du père du *de cujus*, ni entre les parents *paternels* ou *maternels* de sa mère (comp. Turin, 10 févr. 1812, Racagno, Dev. et Car., *Collect. nouv.*, III, 2, 35).

En conséquence, dans chacune des lignes, la moitié qui lui est afférente doit être dévolue suivant la double règle que voici :

375. — 1° Le plus proche ou les plus proches dans chaque ligne excluent les plus éloignés, lors même que les plus éloignés seraient d'une autre branche que les plus proches.

Ainsi, le parent *paternel* du père du *de cujus* exclut le parent *maternel* de ce père, si dans cette ligne paternelle le parent paternel est plus proche que le parent maternel.

Le père du *père du défunt*, par exemple, exclut l'aïeule *maternelle* de son *père*.

De même, le cousin paternel du père du défunt exclut l'arrière-cousin maternel de *son père*.

376. — 2° Entre héritiers du même degré dans la même ligne, le partage a lieu par tête, lors même qu'ils seraient de branches différentes, et que les héritiers de l'une des branches seraient plus nombreux que les héritiers de l'autre branche.

Si le *de cujus*, par exemple, laisse dans la ligne paternelle l'aïeul et l'aïeule du père *de son père*, et l'aïeul seulement de la mère *de son père*, on ne partagera pas la succession par moitié entre l'aïeul et l'aïeule du père *du père*, et l'aïeul de la mère du père; il faudra, au contraire, la partager par tiers entre ces trois ascendants, qui sont tous également dans la ligne paternelle, au même degré; la circonstance qu'ils appartiennent à des branches différentes n'étant à prendre en aucune considération.

377. — Beaucoup de jurisconsultes ont expliqué la double règle que nous venons de poser, en disant qu'elle n'est elle-même finalement que l'application d'un autre principe que nous établirons bientôt, à savoir : que la représentation n'a pas lieu en faveur des ascendants ni en faveur des collatéraux, autres toutefois que les descendants de frères ou sœurs du défunt (art. 740, 741).

Dans ce système, on prétend que, pour les hypothèses précitées, la règle générale d'après laquelle le parent le plus proche exclut le plus éloigné, et qui fait concourir par tête les parents en égal degré, on prétend que cette règle aurait suffi pour produire le résultat que consacre l'article 734, et qu'elle n'aurait pu se trouver écartée qu'autant que la représentation aurait été admise.

Comment, par exemple, dit-on, dans les espèces proposées au n° 375, l'aïeule maternelle du père du père du défunt aurait-elle pu concourir avec le père du père du défunt, ou l'arrière-cousin concourir avec le cousin, sans le secours de la représentation, puisque le père du père, dans le premier cas, et le cousin, dans le second cas, sont d'un degré plus proche que l'aïeule et que l'arrière-cousin?

Et, dans l'espèce proposée au n° 376, n'est-il pas vrai, ajoute-t-on, que ce n'est qu'au moyen de la représentation que le partage aurait pu avoir lieu autrement que par tête, entre l'aïeul et l'aïeule du père du *de cujus*, et l'aïeule de la mère de son père? (Art. 743; comp. Merlin, *Répert.*, v° *Représentation*, sect. II, § 4, et *Quest. de droit*, v° *Succession*, § 8; Chabot, sur l'article 734, nos 2-4-5; Toullier, t. II, n° 194; Duranton, t. VI, n° 150; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 192.)

Nous ne croyons pas que cette explication soit exacte; et il nous paraît même fort important de se prémunir contre la doctrine que nous venons d'exposer :

Prétendre, en effet, que la disposition de la loi qui proscrit la *refente* entre les diverses branches de la même

ligne (art. 734) revient à dire que la représentation n'a pas lieu en ligne ascendante, ni en ligne collatérale, si ce n'est en faveur des descendants des frères et sœurs du défunt, c'est s'engager à prétendre également que la disposition de la loi qui admet la *fente* entre les deux lignes principales (art. 733) revient à dire, au contraire, que la représentation a lieu, dans ce cas, en ligne ascendante et en ligne collatérale sans aucune distiction. Lá corrélation des deux propositions est inévitable ; et les auteurs précités n'y ont pas échappé. On peut voir qu'ils enseignent aussi que *la division des biens par lignes est, en d'autres termes, une vraie représentation; qu'elle en a tous les effets, puisqu'elle met les ascendants et les collatéraux dans la place et dans les droits du père et de la mère du défunt* (Toullier, *loc. supra. cit.*);

Or, cette seconde proposition ne nous paraît pas possible à soutenir sérieusement;

Donc, la seconde, qui en est la conséquence nécessaire, ne peut pas tenir davantage.

Nous disons que la proposition qui consiste à expliquer l'article 733, qui admet la division de la succession entre les deux lignes, par le principe de la représentation dans la ligne ascendante et dans la ligne collatérale sans distinction, que cette proposition est absolument admissible; car l'article 733, ainsi expliqué, serait en contradiction flagrante avec les articles 741 et 742.

Ajoutons qu'il n'y a d'ailleurs nul besoin de recourir à l'idée de la représentation, pour expliquer les effets que produit, dans l'article 733, l'admission de la *fente* entre les deux lignes, et dans l'article 734, la prohibition de la *refente* entre les diverses branches de chaque ligne.

Car la *fente*, dans l'article 733, a pour résultat, comme nous le disions plus haut (n° 367), de faire, relativement aux vocations héréditaires, qu'il y a deux successions distinctes et dans chacune desquelles s'applique séparément la règle de la proximité du degré; de telle sorte

que le parent de l'une des lignes, quoique d'un degré plus éloigné que le parent de l'autre ligne, n'a nullement besoin de la représentation pour prendre, à l'exclusion de celui-ci, la part afférente à sa ligne ; car ils ne sont pas, sous ce rapport, en relation, en comparaison l'un avec l'autre ; et chacun succédant de son côté et séparément, on ne peut pas dire que l'un soit plus proche que l'autre ; ou du moins cela n'importe en aucune manière.

Dès lors il est évident que chacun d'eux vient non pas par représentation, mais de son chef ; ce qui est fort différent, comme nous le verrons plus bas.

De même donc que l'on a admis la *fente*, sans porter atteinte à la règle qui défend la représentation en ligne ascendante et en ligne collatérale, sauf les descendants de frère et sœur, de même on aurait pu admettre la *refente*, sans porter davantage atteinte à cette règle ; et si on ne l'a pas admise, c'est par des considérations étrangères à l'idée de la représentation.

378. — Il faut toutefois prendre garde de tomber, à notre tour, dans l'exagération.

L'article 734 déclare que si la moitié dévolue à chaque ligne appartient à l'héritier ou aux héritiers les plus proches en degrés, ce n'est que *sauf le cas de représentation, ainsi qu'il sera expliqué ci-après.*

Est-ce que cette réserve n'est pas inconciliable avec l'explication que nous venons de présenter de la disposition de l'article 734, qui est, suivant nous, tout à fait étranger au système de la représentation ?

On l'a, en effet, prétendu ainsi ; on a dit que *c'était là une erreur, et que cette prétendue exception n'était pas possible*, parce que la règle de l'article 734 ne s'applique qu'aux ascendants ou à des collatéraux non privilégiés, et qu'il n'y a jamais de représentation ni pour les uns ni pour les autres (Marcadé sur l'article 734, n° 2).

Il faut, au contraire, reconnaître que l'exception réservée par l'article 734 est très-possible. La division de

la succession s'opère, en effet, par moitié, même entre les frères et sœurs du défunt, lorsqu'ils ne sont pas tous du même lit; et alors, dans chacune des lignes, il est évident que les frères et sœurs prédécédés sont représentés par leurs enfants, qui viennent concourir avec les frères ou sœurs survivants de la même ligne, et que le partage a lieu, en conséquence, dans ce cas, par souche et non par tête (art. 742, 743). Telle est l'hypothèse à laquelle se réfère fort exactement, comme on voit, la disposition finale de l'article 734 (comp. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. III, n° 456).

379. — Au point où nous en sommes, il est presque inutile de dire que le *double lien*, dans les différentes branches de la même ligne, n'est nullement à considérer pour le partage de la moitié dévolue de cette ligne. La germanité *dans les lignes* est la seule à laquelle la loi attache des effets (art. 733); elle ne tient, au contraire, aucun compte de la germanité *dans les branches* (comp. *supra*, n° 371; Paris, 4 avril 1808, Secondé, Sirey, 1808, II, 292; Bruxelles, 20 avril 1809, Corbisier, Sirey, 1812, II, 197; Chabot sur l'article 734, n°s 3, 4; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 195).

380. — Telles sont les bases générales du système établi par le Code Napoléon en cette matière.

Il a été, dans les premiers temps surtout de sa promulgation, l'objet de vives critiques. On a dit que la transaction par laquelle le nouveau législateur avait entrepris de concilier, dans un système unique, les avantages que présentaient les deux systèmes de l'ancien droit, en écartant les inconvénients particuliers de chacun d'eux, n'avait eu, au contraire, pour résultat qu'un régime incertain, qui réunissait les inconvénients des deux systèmes anciens, sans offrir les avantages ni de l'un ni de l'autre; qu'ainsi, d'une part, en supprimant la règle *paterna paternis*, on avait perdu le grand avantage du droit coutumier, la conservation des biens dans les fa-

milles; et que, d'autre part, en adoptant la division de la succession entre les deux lignes, et en appelant ainsi des collatéraux très-éloignés, inconnus peut-être du défunt, à concourir par moitié avec des parents beaucoup plus proches, avec son père même et avec sa mère, on avait perdu l'avantage du droit écrit, qui, du moins, suivait l'ordre naturel des affections présumées du défunt (comp. Malleville, t. II, p. 182, 185; Toullier, t. III, n[os] 141 et suiv.).

Nous avons déjà répondu que la division de la succession totale entre les deux lignes remplaçait presque toujours équitablement, d'après les données ordinaires, l'ancien mode de succession aux propres; et que tel avait été précisément le but de l'extension du système de la fente (*supra*, n° 366).

Il faut ajouter que cette division elle-même n'a pas eu, sous d'autres rapports, les inconvénients dont on s'était d'avance si fort préoccupé. On ne saurait nier que la pensée qui l'a inspirée, ne soit conforme à la raison et aux affections naturelles du cœur de l'homme, qui, d'après les habitudes les plus communes de nos familles et de notre société, demeure, en général, également attaché aux parents de son père et aux parents de sa mère.

N'oublions pas, en effet, que si les parents paternels et les parents maternels du *de cujus* sont étrangers les uns aux autres, ils n'en sont pas moins tous également ses parents à lui, puisqu'ils formaient à eux tous également sa famille.

Le Code, d'ailleurs, a pris soin de corriger les effets extrêmes de la division entre les deux lignes dans l'hypothèse même que l'on a coutume de choisir pour prouver que les résultats peuvent en être regrettables (art. 754). Il peut arriver sans doute encore que, dans plus d'une circonstance, la division de la succession en deux lignes ne paraisse point répondre au vœu probable du *de cujus*. Mais il n'est pas d'institution qui, dans les détails de son

application, soit exempte de ces sortes de reproches; un testament pourra, dans ces situations spéciales de famille, distribuer mieux la succession, d'après la volonté même du *de cujus*. Voilà le remède.

Mais il n'en reste pas moins vrai que notre régime de succession ab intestat, dans ses bases fondamentales, ne soit toujours une œuvre excellente de raison et de mesure.

C'est l'honneur des législateurs de notre Code d'avoir su éviter les excès où la loi du 17 nivôse était tombée avec son système de représentation à l'infini dans la ligne collatérale, qui, en multipliant outre mesure le nombre des héritiers, poussait à un morcellement sans fin des propriétés, c'est-à-dire à l'égalité anarchique, à l'égalité dans la misère! Le législateur de 1804, en déposant *dans les entrailles de la France*, comme a dit un éloquent écrivain (M. de Montalembert), ce grand et noble principe d'égalité, a eu en même temps la sagesse de le renfermer dans de justes limites; et c'est de ce principe, ainsi réglé et contenu, qu'est sortie la division actuelle de la propriété territoriale en France, cette division qu'on a si souvent attaquée, et que l'on continue d'attaquer encore avec non moins d'injustice qu'autrefois, mais avec une grande ingratitude de plus aujourd'hui; car c'est elle, nous en sommes convaincu, qui, dans la redoutable crise de 1848, a produit ce providentiel résultat du suffrage universel, qui a sauvé l'ordre social ou plutôt la civilisation elle-même et l'humanité! (Comp. MM. de Montalembert, *De l'avenir politique de l'Angleterre*, VII, *De la liberté de tester;* Louis Alloury et Michel Chevalier, articles des *Débats* des 10 et 21 juin 1856; M. H. Passy, *Rapport à l'Académie des sciences morales et politiques*, compte rendu par M. Ch. Vergé, 1866, p. 449 et suiv.)

Lorsque, dans la séance du conseil d'État du 25 frimaire an XI (16 décembre 1802), les mêmes objections que nous venons de rappeler étaient faites contre ces grandes bases de notre droit nouveau, que la loi du 17

nivôse an II avait déjà posées, et que l'on allait transporter dans le Code Napoléon, M. Berlier répondait que cette nouvelle législation *avait pour elle l'avantage d'une épreuve de neuf années et l'assentiment de presque tous les tribunaux consultés* (Locré, t. XII, p. 16).

L'épreuve est aujourd'hui de plus d'un demi-siècle ! et l'assentiment est celui de toutes les familles, de toute la société française !

381. — Il est toutefois un reproche qui peut être adressé à notre Code; nous voulons parler de la position qu'il a faite à l'époux survivant vis-à-vis de la succession de son époux prédécédé. Nous croyons aussi qu'il y a là une imperfection et une lacune regrettables; et nous nous réservons d'y revenir lorsqu'il en sera temps (sur l'article 767; *infra; voy.* le tom. II, nos 169 et suiv. et aussi notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 40).

SECTION II.

DE LA REPRÉSENTATION.

SOMMAIRE.

382. — Transition.
383. — Division.

382. — La théorie de la représentation fait elle-même partie des *dispositions générales*, qui planent, s'il est permis de dire ainsi, sur le système tout entier des successions ab intestat ; car, s'il est vrai qu'elle ne soit point applicable indistinctement à toutes les catégories d'héritiers (art. 741), elle s'applique du moins à plusieurs d'entre elles (art. 740, 742); et ses effets se font sentir souvent et au loin, dans les diverses combinaisons que produit la mise en œuvre et, en quelque sorte, le *jeu* de tout le système des successions.

Il convient donc d'en traiter aussi, comme le législateur lui-même l'a fait, avant de s'occuper de la vocation particulière de chacun des ordres d'héritiers.

383. — Voici, sur ce sujet, les trois points principaux que nous avons à examiner :

1° Ce que c'est que la représentation, et sous quelles conditions elle peut avoir lieu;

2° Dans quels cas, et en faveur de quels héritiers elle est admise;

3° Quels sont ses effets.

§ I.

Ce que c'est que la représentation ; et sous quelles conditions elle peut avoir lieu.

SOMMAIRE.

384. — Il suffit, mais il est nécessaire, pour succéder, d'avoir survécu à l'ouverture de la succession. — De ce que l'on appelle succéder par droit de transmission.
385. — Si l'héritier présomptif est mort avant l'ouverture de la succession, n'ayant jamais eu aucun droit, il n'en a pu transmettre aucun, même à ses enfants. — Ce sont précisément les conséquences regrettables que ce principe aurait pu produire, qui ont fait imaginer la représentation. — Exposition.
386. — De la représentation en droit romain.
387. — De la représentation dans notre ancien droit français. — Du rappel.
388. — Suite. — De l'origine de la représentation dans l'ancien droit coutumier français.
389. — Définition de la représentation.
390. — Suite. — Est-il vrai que la représentation soit une fiction ?
391. — Les conditions sous lesquelles la représentation peut avoir lieu, peuvent être exprimées sous la forme de cinq règles principales :
392. — A. Il faut toujours que les représentants soient les enfants ou les descendants des représentés.
393. — B. C'est le représentant qui est lui-même et personnellement héritier de celui à la succession duquel il vient par représentation.
394. — C. Le représentant tient sa vocation et ses droits de la loi elle-même et elle seule.
395. — Du rappel dans notre ancien droit. — Aujourd'hui la représentation ne peut être établie que par la loi.
396. — La règle est que ce n'est nullement du représenté que le représentant emprunte ses droits. En conséquence : 1° on peut représenter celui lors du décès duquel on n'était pas encore conçu.
397. — 2° On peut représenter celui à la succession duquel on a renoncé.
398. — 3° On peut représenter celui de la succession duquel on aurait été exclu comme indigne.

384. — Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession (art. 725, *supra*, n° 174).

Cette condition suffit; de telle sorte que l'héritier n'eût-il survécu que d'un instant, a recueilli la succession; et ses héritiers à lui-même trouvent cette succession dans sa propre succession, dont elle est un des éléments.

Voilà ce que, depuis longtemps, on appelle recueillir une succession *par droit de transmission*, la recueillir, dit-on, *médiatement*, *jure alieno* (comp. Lebrun, liv. III,

chap. v, sect. I, n° 1 ; Chabot, art. 739, n° 6; Toullier, t. II, n° 288; et Duvergier, *h. loc.* note a, etc.).

La vérité est que ce n'est pas là du tout une manière de recueillir une succession ni de succéder; c'est tout simplement recevoir telle qu'elle est, avec l'actif dont elle se compose, la seconde succession, dans laquelle la première s'est confondue. Cette proposition est de toute évidence, lorsque l'héritier, qui a survécu à l'ouverture de la succession, est décédé après l'avoir acceptée lui-même; mais elle n'est pas moins certaine, lors même qu'il est décédé sans l'avoir répudiée ou sans l'avoir acceptée; car cette succession, avec la faculté de l'accepter ou d'y renoncer, se trouve dans sa propre succession; et il est manifeste que ceux qui ne font ainsi que recueillir médiatement la première succession, ne peuvent y avoir droit qu'en acceptant la succession de celui auquel elle a été dévolue, et que ce n'est que de *son chef* qu'ils peuvent exercer les droits qui en résultent (art. 781). Aussi, suffit-il d'être appelé en vertu d'un titre quelconque, comme héritier ou comme légataire, à la seconde succession, pour pouvoir profiter de la première succession, qui en fait partie, lors même que l'on aurait été tout à fait étranger à l'auteur de cette première succession.

Telle est la conséquence de ce principe, que l'héritier qui a survécu, ne fût-ce que d'un instant, à l'ouverture de la succession, en a été saisi, et l'a transmise lui-même à ses propres successeurs.

385. — Si, au contraire, l'héritier présomptif est décédé avant l'ouverture de la succession, il n'y a jamais eu aucun droit; et par conséquent, il n'a pu en transmettre aucun, même à ses propres enfants ou descendants.

Cette proposition est évidente; mais elle aurait pu produire, dans certains cas, si le législateur n'y eût pas pourvu, des résultats infiniment regrettables.

Voilà, par exemple, un homme qui a deux fils ou deux frères.

L'un d'eux meurt avant lui, laissant lui-même un enfant.

Et ensuite le père ou le frère commun décède.

Quelle serait, en pareil cas, la conséquence de la règle d'après laquelle, entre parents appartenant au même ordre, ce sont les plus proches qui succèdent, à l'exclusion des plus éloignés ?

C'est que le fils ou le frère du *de cujus*, étant au premier ou au second degré, exclurait le petit-fils ou le neveu, qui ne se trouve qu'au second ou au troisième degré.

Or, deux considérations également puissantes s'élevaient ici contre cette inhumaine et inintelligente application de la règle :

Inhumaine, disons-nous; car, il aurait été d'une dureté extrême de décider que la mort prématurée d'un père de famille priverait irréparablement ses enfants d'une succession qu'il devait recueillir suivant le cours ordinaire de la nature, et qu'il leur aurait ensuite transmise (*voy.* toutefois *infra*, n° 412);

Nous ajoutons *inintelligente;* car, cette application de la règle aurait été directement contraire au but essentiel que cette règle elle-même se propose. Pourquoi, en effet, le législateur a-t-il voulu que les successions fussent déférées d'après la proximité du degré? c'est pour se conformer au vœu de la nature et aux affections ordinaires du cœur de l'homme; or, qui ne sait tout ce que la nature a mis au cœur de l'homme d'amour et de sollicitude pour les enfants d'un fils ou d'un frère qu'il a eu la douleur de perdre, et que c'est même presque toujours avec un redoublement de tendresse qu'il reporte sur eux l'affection qu'il avait pour leur père ou pour leur mère!

Donc, les motifs mêmes sur lesquels la règle de la proximité du degré est fondée, exigeaient alors que l'on y apportât une exception, qui est bien plutôt apparente que réelle, puisque loin d'y faire une déviation, elle n'en

est, au contraire, que le complément le plus équitable et la plus éclatante confirmation.

Et voilà pourquoi on a imaginé la *représentation*, c'est-à dire une fiction qui fait, en quelque sorte, revivre, dans la personne des enfants, leur père ou leur mère prédécédés.

Ce qui faisait dire à nos anciens « la représentation est l'image présente de la personne absente.... *absentis alicujus præsens imago.* » (Comp. Basnage sur l'article 304 de la cout. de Normandie; Hottoman, *Controv. nepot. vel patr. argum.*, 3.)

386. — C'est au droit romain que remonte l'origine de cette institution.

Il ne paraît pas, à la vérité, que les jurisconsultes romains aient connu le mot *représentation;* on ne sait même pas bien exactement, chez nous, à quelle époque ce terme a été introduit dans notre jurisprudence; et il était ignoré dans plusieurs des coutumes qui avaient adopté l'institution, encore bien pourtant, dit Lebrun, qu'il paraisse *très-propre et très-significatif* (liv. III, chap. v, sect. II, n° 3).

Quoi qu'il en soit, la chose, si ce n'est le nom, existait à Rome, où elle était même une conséquence de l'organisation de la famille. On sait, en effet, que la puissance paternelle s'étendait sur les enfants du fils, *nepos et neptis ex filio*, sur les petits-enfants, *pronepos et proneptis*, et enfin sur toute la postérité de mâle en mâle *et deinceps cæteri* (Inst., *de patria potest.*, § 3); et lorsqu'il arrivait que le fils sortait de la famille par la mort ou par l'émancipation, ses enfants, qui étaient restés, eux, dans la famille, sous la puissance de leur aïeul, y prenaient tout naturellement la place de leur père; et dans la succession de cet aïeul, ils concouraient avec les autres enfants, c'est-à-dire avec leurs oncles ou tantes, quoique ceux-ci fussent au premier degré : *Æquum enim esse videtur nepotes neptesque in parentis sui locum succedere....* (Inst., *de hæredit. quæ ab intestat*, § 6).

La représentation admise à l'infini, dans la ligne directe (descendante) n'avait jamais lieu, au contraire, d'après l'ancien droit romain, dans la ligne collatérale; nous avons vu que c'est Justinien qui, le premier, l'a introduite en faveur des neveux et des nièces du défunt (*supra*, n° 345).

387. — Le principe de la représentation est si équitable, *æquum visum est*, il est si conforme aux affections naturelles du cœur de l'homme, que l'on doit s'étonner de la lenteur avec laquelle il s'est introduit dans notre ancienne législation nationale, et des obstacles qu'il y a rencontrés.

Cette observation ne s'applique pas, il est vrai, aux anciennes provinces de droit écrit, où les règles établies par Justinien en cette matière furent exactement observées (*supra*, n° 345).

Mais, au contraire, dans la plupart des provinces coutumières, la représentation n'était pas admise, même en ligne directe. *Tant plus les coutumes tiraient au nord,* dit Lebrun, *tant plus elles étaient contraires au droit de représentation* (liv. III, chap. v, sect. II, n° 3); ce n'est même que depuis la réformation que ce principe fut admis dans la coutume d'Orléans en 1509, et dans la coutume de Paris en 1510.

Il est vrai que les coutumes qui n'admettaient pas la représentation avaient imaginé un moyen d'y suppléer; c'était le *rappel*, c'est-à-dire une déclaration par laquelle il était permis à une personne d'ordonner que, en cas de prédécès de l'un de ses héritiers présomptifs, les enfants de cet héritier le représenteraient dans sa succession; c'est-à-dire que la représentation n'y était pas admise par le droit même de la coutume, mais qu'elle dépendait de la volonté du *de cujus*, qui pouvait l'accorder ou la refuser. On en usait de cette sorte, dit Basnage, pour rendre les enfants plus respectueux (sur l'article 238 de la cout.). Et en effet, on justifiait ce régime par le motif

que les enfants avaient ainsi les mains liées et se hasardaient beaucoup moins à contracter un mariage sans le consentement de leur père, parce qu'ils savaient qu'après avoir manqué à ce respect naturel, *s'ils venaient à décéder avant leur père, leurs enfants seraient privés de la succession....* (Lebrun, liv. III, chap. x, sect. III, n° 10; ajout. Dumoulin, sur l'article 76 de la cout. de Boullenois.)

Le remède est violent, ajoutait Lebrun; et cela était manifeste; car on aurait pu tout aussi bien, avec ce motif, faire dépendre d'une déclaration de volonté de la part du père la vocation du fils lui-même à sa succession; car le fils aurait eu, lui aussi, de cette manière, les *mains liées*.

Mais la vérité et la justice finissent tôt ou tard par triompher; et le principe de la représentation en ligne directe était, en effet, devenu dans les derniers temps, sauf un très-petit nombre d'exceptions, le droit général des pays coutumiers; et même en ligne collatérale, il fut admis par beaucoup de coutumes dont quelques-unes l'avaient poussé jusqu'à la plus grande exagération (*supra*, n° 352).

388 — Quelle a été, dans l'ancien droit coutumier, l'origine de la représentation? et d'où lui est-elle venue?

Les coutumes étaient, en cette matière, si différentes, ou plutôt même si contraires les unes aux autres, « qu'il paraît difficile de croire, disait Guiné, que si elles l'avaient toutes tirée du même lieu, elles lui eussent donné des effets si opposés; » et l'auteur expose, à cette occasion, la controverse qui s'était élevée pour « savoir si l'usage que nous en avons en France, procède de la Novelle de Justinien ou de l'ancien usage des Gaules. » (*Du Droit de représentation*, p. 6, 7.)

Nous n'avons pas à approfondir ici cette thèse; il nous paraît toutefois intéressant de faire connaître l'origine que les historiens assignent à la représentation, et que M. Michelet rapporte ainsi :

« En l'an 941, en Allemagne, quelques-uns pensaient que les fils des fils ne devaient point être comptés parmi les fils, ni prendre en rang légitime leur part à l'hérédité concurremment avec ces derniers, dans le cas où le père serait mort du vivant de l'aïeul ; mais le roi (Othon Ier), par un conseil meilleur, ne voulut pas que les nobles et les anciens du peuple s'exposassent à d'indécentes discussions ; il ordonna que la chose fût décidée par des champions. Or, le parti qui soutenait que les fils des fils comptaient entre les fils, fut vainqueur ; et il fut réglé qu'ils prendraient part avec leurs oncles paternels, et que ce serait chose ferme et stable à jamais. » (*Origines du droit français*, p. 64.)

C'est ainsi que la question fut décidée *à coup d'épée*, dit aussi Basnage, *gladiatorio certamine* (constit. 4) ; et il ajoute même que « l'histoire remarque que le neveu remporta la victoire deux fois ! » (Sur l'article 238 de la coutume de Normandie; ajout. Delaurière sur Loisel, liv. II, tit. v, règle 5; Championnière, *Revue de Législat.* de M. Wolowski, t. VII, p. 405, 406.)

389. — Les auteurs du Code Napoléon, qui entreprenaient de fonder un système de succession ab intestat sur l'équité, sur les affections présumées du défunt, et sur ses devoirs de famille, comme aussi sur l'intérêt politique de l'État, ne pouvaient pas manquer d'admettre la représentation, qui donne à toutes ces considérations une satisfaction manifeste.

Et voici en quels termes ils la définissent d'abord, dans l'article 739 :

« La représentation est une fiction de la loi, dont « l'effet est de faire entrer les représentants dans la place, « dans le degré et dans les droits du représenté. »

Aucun sujet peut-être n'a mieux prouvé que celui-ci la vérité de la maxime romaine : *Omnis definitio in jure civili periculosa est....* (L. 202, ff. *de regul. juris.*) Beaucoup de définitions en avaient déjà été fournies dans notre

ancienne jurisprudence, par Pontanus, sur l'article 140 de la coutume de Blois, par Duplessis, par Ricard, dans leurs *Traités de la Représentation ;* et Guiné n'a pas de peine à établir que ces différentes *descriptions,* comme il dit, ne sont pas satisfaisantes (p. 3, 5).

Celle de notre article 739 a été de même fort critiquée ; et il faut convenir qu'on peut lui reprocher d'abord d'employer, dans la définition elle-même, les termes qui étaient à définir (*représentants*, *représentés*), et de n'indiquer aucune des conditions de la représentation, pas même le rapport nécessaire (de filiation) qui doit unir le représentant au représenté.

Pothier a donné de la représentation deux définitions : l'une, dans son *Traité des Successions* (chap. II, sect. I, art. 1) ; l'autre, dans son *Introduction au titre* XVII *de la Coutume d'Orléans*, qui nous paraît complète et meilleure.

« On peut définir, dit-il, la représentation, une fiction de droit par laquelle des enfants d'un degré ultérieur sont rapprochés et mis au degré qu'occupait leur père ou mère en la famille du défunt, à l'effet de succéder tous ensemble, en sa place, à la même part à laquelle leursdits père et mère auraient succédé. » (N° 17.)

390. — On a vivement exprimé le regret que les rédacteurs du Code Napoléon aient reproduit dans l'article 739 cette idée de *fiction,* au moyen de laquelle la représentation était définie par nos anciens auteurs, à l'exception toutefois de Lebrun, qui l'appelait simplement *un droit* (liv, III. chap. v, n° 1).

Les fictions, a-t-on dit, sont indignes de la majesté de la loi ; elles furent inventées, à Rome, par les Préteurs et par les jurisconsultes, afin de tempérer par des moyens détournés, la rigueur d'une loi qu'ils ne pouvaient pas abroger directement ; mais, dans nos temps modernes, le législateur n'a pas besoin de feindre ; il ordonne, il commande ! il n'y a d'ailleurs, et il n'y a jamais eu ici aucune fiction ; on fait monter le représentant d'un ou de

plusieurs degrés ; et on l'appelle lui-même à la succession ; cela est apparemment très-réel et très-positif (comp. Toullier, t. II, n° 189).

Cette critique ne nous paraît pas méritée.

D'abord, que le législateur, à toutes les époques, puisse très-convenablement certes, créer des fictions, c'est-à-dire des suppositions, et en quelque sorte des vérités artificielles, cela est incontestable. MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing (t. III, n° 359) remarquent fort justement que les fictions, à Rome, ne furent pas seulement l'œuvre des Préteurs, mais que les lois aussi, *jus ipsum*, en ont créé, telle, par exemple, que la loi *Cornelia* (comp. L. 10, ff. *de captiv. et postlim.*). C'est qu'en effet, la science du droit civil, dont la loi n'est que la manifestation vivante, comporte, au contraire, à merveille, ces procédés souvent aussi utiles qu'ingénieux, qui maintiennent l'unité et l'harmonie de ses règles, en y rattachant, comme des conséquences, celles même de leurs dispositions qui, au fond, quelquefois, s'en écartent radicalement. Nous en trouverons plus d'un exemple (comp. *Thémis*, t. VIII, p. 50, M. Ferry) ; et dans notre sujet en particulier, on peut dire que l'emploi de ce mot : *fiction*, qui y était d'ailleurs traditionnel, est très-suffisamment justifié. Les enfants du présomptif héritier prédécédé n'auraient pas, en effet, pu venir à la succession, si on s'en fût tenu au fait, à la vérité du fait, puisqu'ils auraient été écartés par des héritiers plus proches ; ou s'ils y étaient venus, le partage entre eux aurait toujours eu lieu par tête. Eh bien ! le législateur a imaginé de faire, en quelque sorte, revivre le prédécédé dans la personne de ses enfants ; et on ne saurait nier qu'il y a une certaine fiction dans ce double effet de la représentation, qui, d'une part, appelle les plus éloignés à concourir avec les plus proches ou même à les exclure, et qui, d'autre part, établit le partage par souches entre les différentes branches de la parenté (*voy.* toutefois *infra*, n° 412).

Ajoutons, avec Demante (t. III, nº 47 *bis*, II), que ce mot fiction a aussi un double avantage : d'abord d'être, pour ainsi dire, de la part du législateur, une consécration éclatante du grand principe, d'après lequel les successions doivent être déférées d'après la proximité du degré, principe, qui a paru tellement essentiel, que l'on a cru ne pouvoir s'en écarter que par le moyen d'une fiction ; et ensuite de caractériser d'avance la nature et les effets de la représentation ; « car le législateur, en annonçant qu'il feint des faits qui ne sont pas réels, exprime brièvement sa pensée, qui est de consacrer, pour le cas supposé, toutes les conséquences qu'il faudrait tirer de ces faits, s'ils étaient réels » (*infra*, nºˢ 429 et suiv.).

391. — Les conditions sous lesquelles la représentation peut avoir lieu nous paraissent pouvoir être exprimées sous la forme de cinq règles principales ;

A. Il faut toujours que les représentants soient les enfants ou les descendants des représentés.

B. C'est le représentant, qui est lui-même et personnellement héritier de celui à la succession duquel il vient par représentation.

C. Le représentant tient sa vocation et ses droits non pas du représenté, mais de la loi elle-même et elle seule.

D. On ne peut représenter que les personnes qui sont mortes naturellement ou civilement.

E. On ne peut représenter que les personnes qui auraient été appelées à la succession du *de cujus*, si elles lui avaient survécu.

Nous allons reprendre successivement chacune de ces règles ; et nous y trouverons les différentes conditions sous lesquelles la représentation peut s'exercer.

392. — A. Et, d'abord, disons-nous, il faut toujours que les représentants soient les enfants ou les descendants des représentés.

Deux sortes de relations sont à considérer en ce sujet :

D'une part, celles qui rattachaient le représenté à celui de la succession duquel il s'agit ;

D'autre part, celles qui rattachaient le représentant au représenté.

Nous parlerons des premières, lorsque bientôt nous examinerons en faveur de quels héritiers la représentation est admise (*infra*, n°s 416 et suiv.).

Il ne s'agit, en ce moment, que du rapport qui a dû exister entre le représentant et le représenté, pour que la représentation soit possible.

Or, la règle essentielle et invariable, à cet égard, c'est que le représentant doit toujours être l'enfant ou le descendant du représenté.

La représentation, disait Lebrun, « ne vient que de la liaison, pour ne pas dire de l'identité du père et du fils ; et c'est pour cela qu'il n'y a que les enfants qui représentent, et que cela n'est jamais permis, en quelque cas que ce soit, aux collatéraux ;... ce droit a son fondement dans la nature, qui fait une subrogation perpétuelle des enfants au père et rend un père mort dans la personne du fils qui lui survit. » (Liv. III, chap. v, sect. I, n° 1.)

La coutume de Bourgogne exprimait la même idée dans cette brève formule :

Ce qui échet au père échet au fils (art. 19, tit. VII).

Ce qui suppose, ajoutait Davot, que la représentation n'a jamais lieu du chef d'un collatéral (liv. III, tit. v, chap. XV, n° 2 ; ajout. Loisel. *Inst. cout.*, liv. II, tit. v, règle VI).

Et cette première règle dérive, en effet, essentiellement de l'idée mère de la représentation, s'il est permis de s'exprimer ainsi. Si le représenté, qui était héritier présomptif, avait survécu lui-même au *de cujus*, la transmission de cette succession était véritablement assurée à ses propres enfants ; car il n'y a pas d'espérance héréditaire plus ferme et plus sûre que celle d'une succession en ligne directe descendante ; or, la représentation a été

précisément imaginée afin de réparer, dans l'intérêt des enfants, le tort que leur a causé la mort prématurée de leurs père et mère (*voy.* toutefois *infra*, n° 412).

393. — B. C'est le représentant qui est lui-même et personnellement héritier de celui à la succession duquel il vient par représentation.

Telle est notre seconde règle; et elle se démontre d'elle-même.

Il est bien clair que ce n'est pas le représenté qui peut être héritier, puisqu'il est mort avant l'ouverture de la succession (art. 725, 744).

C'est donc le représentant lui-même, personnellement, qui est héritier et qui vient à la succession, *suo prorsus et proprio jure*, disait Pontanus sur l'article 140 de la coutume de Blois, *ex capite proprio et ex propria persona*, disait également Dumoulin (*de feud.*, § 22, n° 103; comp. art. 739, 740, 742, 848, etc.).

D'où la conséquence, que Guiné formulait fort exactement en ces termes : « Qu'il faut que le représentant ait l'habileté personnelle de succéder à celui de la succession duquel il s'agit. » (*De la Représent.*, p. 152.)

C'est, en effet, dans sa personne que doivent se rencontrer les différentes qualités requises pour succéder, et il est, en conséquence, nécessaire :

Qu'il soit conçu à l'instant de l'ouverture de la succession;

Qu'il soit né viable (art. 725);

Et qu'il ne soit pas déclaré indigne (art. 727; *supra*, n° 292; comp. Pothier, *des Success.*, chap. II, sect. I, art. 1, § 1; Chabot sur l'article 739).

Voilà pourquoi, aussi, nous avons vu que l'adopté, en cas de prédécès de l'adoptant, ne pourrait pas le représenter dans la succession de ses père et mère (art. 349; Toulouse, 25 avril 1844, Defor, Dev., 1845, II, 69; ajout. notre t. VI, *Traité de l'Adoption*, n° 133).

Et c'est par le même motif encore que nous avons

pensé que les enfants de l'adopté prédécédé ne pourraient pas représenter leur père dans la succession de l'adoptant (*voy.* notre tome VI, n[os] 139-141).

394. — C. Notre troisième règle est celle-ci :

Le représentant tient sa vocation et ses droits de la loi elle-même, et elle seule.

Et de quelle autre pourrait-il donc les tenir ?

Du représenté ?

Mais le représenté est mort avant l'ouverture de la succession, et il n'y a jamais eu lui-même aucun droit !

De celui de la succession duquel il s'agit, du *de cujus ?*

Mais nous sommes dans l'hypothèse d'une succession ab intestat, d'une succession déférée par la loi ! Le *de cujus*, sans doute, peut faire des libéralités testamentaires; et ce sera là un tout autre ordre de principes. Il ne s'agit ici que de la succession légitime; et il est clair que les règles qui la constituent, ne peuvent dériver que de la loi.

395. — Il est vrai de dire pourtant que, dans notre ancienne jurisprudence, le droit de représentation pouvait, à certains égards, émaner de la volonté du *de cujus*, au moyen du *rappel*, dont nous avons déjà parlé (*supra*, n° 387).

Le rappel était de deux sortes :

Soit *intra terminos juris*, lorsqu'il avait lieu dans la ligne directe, en faveur des descendants ; et dans la ligne collatérale, en faveur des neveux et nièces du *de cujus ;*

Soit *extra terminos juris*, lorsqu'il avait lieu au delà de ces degrés en ligne collatérale.

Le rappel *intra terminos juris* avait ceci de particulier, qu'il pouvait se faire non-seulement par un acte revêtu de la forme des testaments, mais par quelque acte que ce fût ; ce qui en faisait, comme on le voit, une sorte de représentation en matière de succession ab intestat, qui

pourtant était subordonnée à la volonté du *de cujus ;* et même, plusieurs jurisconsultes prétendaient qu'il devait en être de même du rappel *extra terminos juris ;* mais cette thèse était vivement controversée (comp. Pothier, *des Success.*, chap. II, sect. III, art. 1, § 3; Lebrun, liv. III, chap. X, sect. III ; Guiné, *de la Représ.*, p. 183).

Nous n'avons aujourd'hui rien de semblable ni de rappel d'aucune espèce.

Et la représentation, chez nous, est toujours uniquement *une fiction de la loi* (art. 739).

396. — Ce n'est nullement, disons-nous, du représenté que le représentant emprunte sa vocation et ses droits.

Quod filius succedat in locum patris seu matris, quantum ad successionem avi, non habet a patre, sed ex dispositione legis ; ainsi s'exprimait Barthole (sur la Loi 93, ff. *de adquir. hæredit.*)

Voilà le principe (comp. Cass., 3 janvier 1859, Lemoisson, 1850, Dev., I, 242).

Voici maintenant les conséquences :

1° On peut représenter celui lors du décès duquel on n'était pas encore conçu ; *ce qui est*, disait Lebrun, *un point de droit très-indubitable* (liv. I, chap. III, n° 11 ; *infra*, n° 403).

397. — 2° On peut représenter celui à la succession duquel on a renoncé.

Telle est la disposition formelle de l'article 744, second alinéa, qui ne fait, en ce point, que consacrer un principe dès longtemps admis dans notre matière, malgré l'objection que l'on avait autrefois tirée contre ce principe, de la Novelle 22, chap. XXI, de l'empereur Justinien (comp. Lebrun, liv. III, chap. V, n°s 11 et 12).

398. — 3° On peut représenter celui de la succession duquel on aurait été exclu comme indigne (*supra*, n° 292).

Objectera-t-on que, dans ce cas, la représentation ne

saurait avoir pour fondement l'espérance d'une transmission probable, puisque l'indignité y aurait fait obstacle? mais la renonciation n'y aurait pas moins fait obstacle que l'indignité; et pourtant, cette renonciation n'empêche pas la représentation (comp. art. 744, 2e alinéa; *supra*, n° 397, et *infra*, n° 400).

Il y aurait une autre objection plus grave, c'est celle qui consisterait à dire que cette doctrine présente un sérieux danger, puisqu'en autorisant la représentation de la victime par le meurtrier, elle peut ainsi lui inspirer la pensée du crime, et l'y pousser en quelque sorte par l'espérance même de cette vocation héréditaire, que le crime produira en sa faveur!

Cette considération ne manque pas de gravité, sans doute.

Mais finalement, nous nous trouvons ici dans les termes généraux du droit, qui admettent la représentation; il faudrait un texte spécial pour qu'elle pût être écartée dans notre hypothèse; et ce texte n'existe pas (comp. Demante, t. III, n° 51 *bis*, II; Marcadé, sur l'article 730, n° 3).

399. — 4° Le représentant n'est pas obligé de payer les dettes du représenté; il n'y est pas obligé, disons-nous, en sa qualité de représentant, s'il n'en est pas d'ailleurs tenu parce qu'il aurait accepté la succession du représenté.

Seulement, nous verrons qu'il peut être tenu, vis-à-vis de la succession, à laquelle il vient par représentation, de certaines obligations, dont le représenté aurait été tenu lui-même vis-à-vis de cette succession, s'il y avait été appelé (comp. *infra*, n° 427; Cass., 5 frimaire an VII; Cass., 8 févr. 1810; Guiné, *de la Représent.*, p. 171; Merlin, *Répert.*, v° *Représent.*, sect. IV, § 4; Chabot, sur l'article 774, n° 4).

400. — Nous venons de dire, avec l'article 774, que:

« On peut représenter celui à la succession duquel on « a renoncé. »

Nous avons même ajouté que l'on peut représenter celui de la succession duquel on a été exclu comme indigne (*supra*, nos 397, 398).

Telle est, en effet, la conséquence logique de notre règle, que le représentant ne tient pas ses droits du représenté, conséquence traditionnellement consacrée dans ce sujet (cout. de Paris, art. 308; d'Orléans, art. 307; Pothier, *des Success.*, *loc. supra cit.*; Lebrun, liv. III, chap. v, sect. I, n° 10).

Mais cette règle n'est-elle pas contraire à la pensée qui a inspiré le système tout entier de la représentation?

La représentation, en effet, a été inspirée par cette pensée qu'il était équitable de réparer le tort que les enfants avaient éprouvé par la mort prématurée de leur père ou de leur mère, dans la succession duquel ils auraient eux-mêmes recueilli, par voie de transmission, la succession du *de cujus*, si leur auteur lui avait survécu;

Or, le prédécès de leur père ou de leur mère ne leur a causé, en ce point, aucun tort, dans le cas où ils ont renoncé à sa succession, puisque lors même que leur auteur aurait survécu au *de cujus*, leur renonciation les aurait empêchés de recueillir la succession de celui-ci par voie de transmission;

Donc, le motif qui a fait introduire la représentation paraissait, au contraire, exiger que le représentant eût accepté la succession du représenté prédécédé.

Deux réponses se présentent:

D'une part, il est très-possible que précisément la renonciation n'eût pas été faite par l'enfant à la succession de son père ou de sa mère, si celui-ci eût survécu au *de cujus*; car la succession, dans ce cas, d'insolvable qu'elle était, serait peut-être devenue avantageuse. Sans doute, il aurait pu arriver aussi que la succession du *de cujus* eût été engloutie, comme le reste des biens, dans l'insol-

vabilité du représenté; et à ce point de vue, il se peut, en effet, que le prédécès du père ou de la mère avant l'ouverture de la succession, profite à ses enfants, pour lesquels il sera, dans ce cas, bien préférable de venir à la succession par droit de représentation que par droit de transmission. Mais le législateur, on le sait, ne s'arrête et ne saurait s'arrêter qu'aux données communes et aux hypothèses ordinaires.

D'autre part, les représentants, lors même qu'ils ont renoncé à la succession du représenté, n'en prennent pas moins toujours sa place dans les affections de leurs ascendants ou de leurs oncles et tantes; et nous avons vu que c'est là aussi une des causes qui ont fait introduire la représentation.

En résumé donc, il faut se garder de confondre, ici comme en tout autre sujet, les considérations morales par lesquelles la pensée première de l'institution elle-même a pu être inspirée, avec les conditions précises au moyen desquelles elle a été ensuite législativement organisée (comp. Demante, t. III, n° 51 *bis*, I).

401. — D. L'article 744, premier alinéa, formule notre quatrième règle en ces termes :

« On ne représente pas les personnes vivantes, mais « seulement celles qui sont mortes naturellement ou civi« lement. »

Cette règle était à peu près universellement reçue autrefois; et l'on trouve dans tous les anciens livres la célèbre note de Dumoulin sur l'article 241 de la coutume du Maine : *Quod repræsentatio nunquam est de persona vivente, sed tantum de parente mortuo naturaliter aut civiliter.*

La représentation ayant pour effet de mettre le représentant dans la place et dans le degré du représenté, il faut évidemment que cette place soit libre et ce degré vacant; or, la personne vivante occupe sa place et remplit elle-même son degré; donc, elle fait absolument

obstacle à la représentation ; car il est impossible de venir occuper une place qui n'est pas vacante.

Tel est le motif que l'on a toujours donné de notre règle.

Ce motif est, en effet, rationnel ; il paraît conforme au principe de la représentation ; et nos anciens auteurs le trouvaient si bien tel, que la plupart d'entre eux déclaraient que c'est la raison et la force même des choses qui le voulaient ainsi (comp. Pothier, *des Success.*, chap. II, sect. I, art. 1, § 2; Lebrun, liv. III, chap. V, sect. I, n° 14; Guiné, p. 163).

Nous devons toutefois déclarer, pour notre part que cette règle, du moins dans ces termes absolus, ne nous semble pas toujours empreinte de ce caractère d'évidence et de nécessité.

Oh ! sans doute, si la personne vivante à laquelle la succession est dévolue l'accepte, l'idée de la représentation ne saurait alors se présenter à personne; il est par trop clair qu'un autre ne peut pas venir exercer, en son lieu et place, un droit qu'elle a elle-même exercé (comp. Chabot, sur l'article 744, 3).

On peut en dire autant du cas même où la personne vivante a renoncé, si sa renonciation n'a pas été gratuite, et si elle a eu lieu *aliquo dato*, ou pour se dispenser d'un rapport; car la vérité est que, dans cette hypothèse encore, elle exerce elle-même son droit de la manière dont elle le croit mieux pour ses intérêts.

402. — Mais la règle est absolue, et elle s'applique toujours indistinctement, quelle que soit la cause pour laquelle la personne vivante, à laquelle la succession a été déférée, ne vient point elle-même à cette succession.

Elle s'applique notamment :

1° Au cas où cette personne est exclue comme indigne;

2° Au cas où elle renonce.

Ces deux cas sont même spécialement réglés par deux articles :

Le premier, par l'article 730, dont nous rappelons ici les termes :

« Les enfants de l'indigne venant à la succession de « leur chef et *sans le secours de la représentation*, ne sont « pas exclus pour la faute de leur père.... » (*Supra*, n° 292).

Le second, par l'article 786, qui est ainsi conçu :

« On ne vient jamais par représentation d'un héritier « qui a renoncé; si le renonçant est le seul héritier « de son degré, ou si tous ses cohéritiers renoncent, les « enfants viennent de leur chef et succèdent par tête. »

On ne distingue pas si la personne vivante a renoncé *aliquo dato* ou sans avoir rien reçu.

Elle est vivante! cela suffit pour que la représentation ne soit jamais possible, lors même qu'elle serait renonçante ou indigne.

Telle est notre loi.

Mais il est permis, suivant nous, de penser que la règle que l'on ne représente pas les personnes vivantes, amenée à ce point et dans ces dernières applications, ne présente pas, à beaucoup près, au même degré, ce caractère de raison et de nécessité par lequel on a, dès longtemps, entrepris de la justifier ; et on comprendrait assurément fort bien une règle toute contraire.

D'une part en effet, à consulter d'abord la raison et l'équité, pourquoi rendre les enfants victimes de la renonciation, ou de l'indignité de leur père et mère, plutôt que de leur prédécès? Basnage fait, à ce propos, cette réflexion excellente : « Le droit de représentation a paru si équitable..., afin que les enfants ne fussent pas privés, par la mort prématurée de leur père, de ce qui lui eût appartenu. Il n'est pas juste de restreindre un droit si favorable, et de ne lui donner lieu que dans le seul cas du décès de celui que l'on veut représenter ; c'est mal

expliquer l'intention des lois et contrevenir à leur fin. La représentation n'est introduite que par un principe d'équité, pour mettre les enfants en la place de leur père ; que, si le père vivant ne veut point se prévaloir de son droit, il ne doit point faire obstacle à ses enfants...; comme le père ne pourrait pas faire tort à ses créanciers par sa renonciation, il peut beaucoup moins faire tort à ses enfants.... » (Sur l'article 304 de la coutume de Normandie.)

D'autre part, est-ce que la personne vivante, après qu'elle a renoncé ou après qu'elle a été exclue de la succession comme indigne, est-ce que cette personne existe relativement à la succession? *Abstinens censetur quasi non fuisset,* disait Dumoulin (art. 735) ; et on aurait pu certainement, sans troubler l'harmonie des règles de la représentation, considérer comme vacant ce degré, que celui-là qui était appelé à le remplir a, au contraire, déserté volontairement ou forcément.

Enfin, prédécès, renonciation ou indignité, qu'importe, en ce qui concerne les enfants de la personne vivante, qui, par l'une de ces causes, est écartée de la succession ; en sont-ils moins privés, par une cause qui leur est étrangère, d'un droit sur lequel ils devaient naturellement compter? Étaient-ils moins chers au *de cujus,* parce que leur père ou leur mère n'est pas venu à sa succession ?

Et en se plaçant en face du résultat, en voyant, par exemple, la succession tout entière recueillie par l'oncle, fils du défunt, à l'exclusion de ses neveux, petits-fils du défunt, parce que leur père est renonçant, ne se sent-on pas au cœur cette émotion qu'excite toujours en nous le spectacle d'une grande dureté, si ce n'est pas d'une injustice !

Ces considérations sont assurément fort graves ; aussi avaient-elles fait hésiter autrefois certains auteurs. Dumoulin voulait même que les enfants du renonçant fussent admis à représenter leur père, à l'effet de concourir

avec d'autres petits enfants venant eux-mêmes par représentation d'un enfant prédécédé ; et Ricard avait adopté cette décision sur l'article 309 de la coutume de Senlis (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Représentation*, sect. IV, § 2, n° 1). Enfin, par un usage particulier à la coutume de Normandie, la représentation d'une personne vivante y avait lieu ; et le fils, nonobstant la renonciation de son père, était admis à succéder avec un plus proche, *quasi subducta persona patris e medio* (Basnage, *loc. supra cit.;* Guiné, p. 163).

Ajoutons aussi que la représentation *à l'effet de partager*, que la plupart de nos anciennes coutumes avaient admise, était elle-même un hommage rendu à la justesse des considérations qui précèdent ; car précisément, la représentation à l'effet de partager avait lieu lorsque les enfants des diverses branches étaient appelés à la succession par l'effet de la renonciation de leur père ou mère ; et elle constituait véritablement, à ce point de vue et dans une certaine mesure, une exception à la règle que l'on ne représente pas une personne vivante (comp. *infra*, n° 436).

Mais notre Code s'en est tenu à la maxime la plus généralement suivie autrefois, que la représentation n'a pas lieu d'une personne vivante ; et il l'applique même d'une façon encore plus absolue, puisqu'il n'a pas admis, comme nous le verrons, la représentation à l'effet de partager.

403. — Il faut donc que la personne qu'il s'agit de représenter, soit morte naturellement ou civilement.

C'est de tout temps, d'ailleurs, que la mort civile, a été, en ce point, assimilée à la mort naturelle, et fort justement ; car la mort civile, qui retranchait le condamné de sa famille, y rendait ainsi, du même coup, sa place et son degré vacant (art. 25 ; *voy.* notre tome I, n° 202, et *infra*, n° 413).

404. — Le Français qui, sans autorisation, se serait fait naturaliser en pays étranger, pourrait-il être représenté?

On sait que, d'après l'article 6 du décret du 26 août 1811, *il n'aura plus le droit de succéder; et toutes les successions qui viendront à lui échoir passeront à celui qui est appelé, après lui, à les recueillir, pourvu qu'il soit regnicole.*

Nous établirons bientôt que, dans le cas où il serait mort avant le *de cujus*, cette incapacité dont il aurait été frappé, ne serait pas un obstacle à la représentation (*infra*, n° 415).

Mais que décider, s'il est vivant ?

Notre avis est que la représentation serait alors impossible; car, d'après le décret de 1811, le Français naturalisé sans autorisation en pays étranger n'est pas mort civilement; le décret prononce seulement contre lui des déchéances et des pénalités, qui ne l'empêchent pas d'occuper toujours dans la famille sa place et son degré; c'est là une thèse que nous croyons avoir démontrée (*voy.* notre tome I, n°s 186 et 188).

En conséquence, la règle qu'on ne représente pas une personne vivante demeurerait, dans ce cas, applicable (comp. Demante, t. III, n° 50 *bis*, XI).

405. — Mais, au contraire, la personne qui serait absente, ou même seulement présumée absente au moment de l'ouverture de la succession, pourrait être représentée.

Basnage n'en faisait aucun doute, lorsqu'il écrivait que la représentation a lieu *d'une personne absente ou qui n'est plus* (sur l'article CCCIV de la coutume de Normandie).

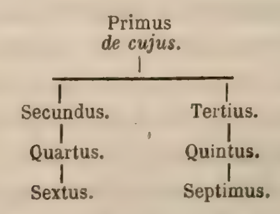
Et nous ne pouvons que nous référer aux développements par lesquels nous croyons avoir déjà démontré que cette doctrine est encore la seule vraie sous l'empire de notre Code (*voy.* notre tome II, n°s 208, 209).

Tel est aussi le sentiment de Demante (t. III, n° 50 *bis*, I), qui a écrit, avec beaucoup de raison, que la représentation étant favorable, les cas où la loi la refuse doivent être considérés comme exceptionnels, et que c'est dès lors à celui qui prétend qu'elle ne peut pas avoir lieu à établir

l'existence de l'exception qu'il invoque. D'où la conséquence que celui qui veut s'opposer à ce que l'enfant d'une personne qui a disparu sans nouvelles représente son auteur, est tenu de prouver que cet auteur existait à l'instant de l'ouverture de la succession. Cette doctrine est, en effet, très-conforme : soit à l'article 744 qui, dans sa disposition principale, déclare comme une exception, que l'on ne représente pas les personnes vivantes ; soit à l'article 136, et à toute la théorie en matière d'absence ; soit enfin aux règles les plus manifestes de la raison et de l'équité (ajout. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 470).

406. — Nous verrons bientôt que la représentation, dans les cas où elle est admise, a lieu *à l'infini* (art. 740, 742) ; de telle sorte que les descendants les plus éloignés de l'héritier présomptif prédécédé peuvent se placer à son degré, en remontant tous les degrés intermédiaires, c'est-à-dire, en d'autres termes, qu'on peut représenter, dans une même succession, plusieurs personnes.

Mais alors évidemment, la représentation doit être possible pour chacune d'elles ; et en conséquence, il faut que toutes les personnes qui séparent le représentant du *de cujus*, soient mortes naturellement ou civilement. Si l'une d'elles était vivante, le représentant serait arrêté dans sa marche ascendante ; et la représentation se trouverait ainsi coupée et interrompue.



Septimus peut venir à la succession de Primus, son bisaïeul, par représentation de Quintus, son père, et de Tertius, son aïeul. Mais pour cela, bien entendu, il faut

qu'il puisse, en effet, représenter d'abord Quintus, son père, et ensuite Tertius, son aïeul. C'est en ce sens que l'on a coutume de dire que la représentation doit être immédiate et qu'elle ne se fait pas, suivant le mot de Lebrun, *per saltum, omisso medio;* c'est-à-dire qu'elle doit remonter successivement, de degré en degré, d'échelon en échelon, sans *enjambée*, sans *escalade* (Lebrun, liv. I, chap. III, n° 12; Chabot, sur l'article 739, n° 4; Duranton, t. IV, n° 175; Demante, t. III, n° 48).

Mais d'ailleurs il n'est pas nécessaire, ainsi que nous l'avons déjà remarqué (*supra*, n° 396), que le représentant ait été conçu du vivant de ceux qu'il représente; et dans notre hypothèse, Septimus, quoiqu'il n'eût été conçu qu'après le décès de Tertius, son aïeul, pourrait néanmoins très-bien le représenter dans la succession de Primus, son bisaïeul.

407. — E. On ne peut représenter que les personnes qui auraient été appelées à la succession du *de cujus*, si elles lui avaient survécu.

C'est notre cinquième et dernière règle générale; et ce n'est pas la moins délicate (*supra*, n° 391).

L'article 744 paraît être le seul qui, dans notre section, s'occupe des personnes qui peuvent être représentées; et il se borne à dire que l'on ne représente pas les personnes vivantes, mais seulement celles qui sont mortes naturellement ou civilement.

Il n'en faut pas pourtant conclure que toute personne indistinctement peut être représentée après sa mort naturelle ou civile, et qu'il n'y a lieu de s'enquérir d'aucune autre condition du chef de la personne représentée; car l'article 739 déclarant que la représentation fait entrer le représentant *dans les droits du représenté*, présuppose ainsi virtuellement que l'on ne peut représenter qu'une personne qui aurait eu, en effet, des droits, si elle avait elle-même survécu.

Et telle est la conséquence que l'on avait déjà déduite

autrefois de la Novelle 118, d'après laquelle le représentant devait avoir dans la succession du *de cujus* la même part que le représenté aurait eue : *tantam ex hæreditate portionem, quantam eorum parens futurus esset accipere, si superstes fuisset.*

408. — Mais il importe de bien préciser notre règle, et d'en déterminer exactement l'étendue.

Jusqu'à quel point est-il vrai de dire que les *représentants*, suivant le mot de Pothier, *sont subrogés aux droits du représenté?*

En d'autres termes, peut-on opposer, de tous points, au réprésentant, pour l'empêcher de succéder par représentation, les mêmes incapacités ou les mêmes vices, que l'on aurait pu opposer au représenté lui-même, s'il avait survécu, pour l'empêcher de succéder de son chef?

Cette thèse était, dans notre ancien droit, fort agitée; et il faut reconnaître qu'elle avait alors aussi plus d'importance qu'elle n'en peut offrir aujourd'hui, parce que le nombre des incapacités et des exclusions, en matière de succession, qui était, sous l'ancien régime, assez considérable, a été, au contraire, dans notre temps, notablement réduit.

D'après une doctrine, dont les bases paraissent avoir été unanimement reconnues par les jurisconsultes, qui ne se divisaient que sur ses applications, on distinguait, à cet égard, deux sortes d'incapacités :

Les unes, absolues, perpétuelles, et, comme on disait, originaires, qui naissaient, en quelque sorte, avec la personne;

Les autres, relatives, accidentelles et fortuites.

Les premières, lorsque le représenté en avait été frappé, pouvaient être opposées au représentant; ou plutôt elles faisaient radicalement obstacle à toute représentation.

Les secondes, au contraire, n'empêchaient pas la représentation et ne pouvaient pas être opposées au représentant, s'il n'en n'avait pas été lui-même atteint.

On s'accordait généralement à ranger dans la classe des incapacités absolues celles qui résultaient, par exemple :

Du sexe ; c'est ainsi que les enfants des filles ne pouvaient pas venir à la succession des fiefs par représentation de leur mère (art. 248 de la cout. de Normandie ; liv. *de usibus feudor.* tit. *de succes. fratr.*) ;

De la qualité d'étranger ; c'est ainsi que les enfants français de l'étranger prédécédé n'auraient pas pu le représenter.

On mettait au contraire, au nombre des incapacités relatives, celles qui résultaient :

De la profession religieuse ;

De la condamnation à une peine emportant mort civile ;

De l'exhérédation ;

Et de l'indignité.

Quant aux exclusions légales ou contractuelles, qui frappaient les filles *mariées et apanagées*, la question était fort débattue ; les uns parmi lesquels Dumoulin, Favre et Bouhier (chap. LXXIII, n° 82), soutenaient que cette exclusion ne constituait qu'une incapacité purement relative à la fille elle-même, et qui n'était pas opposable à ses enfants ; tandis que les autres, reconnaissant, à peu près, la vérité de cette proposition (qui était effectivement d'évidence d'après la distinction proposée), ajoutaient que la raison particulière qui a fait exclure les filles, c'est-à-dire la faveur que l'on avait voulu accorder à la ligne masculine des frères de la fille, devait faire exclure aussi la représentation des filles par leurs enfants. Ce dernier sentiment était celui de Lebrun, de Guiné et de Pothier, qui ajoute que des arrêts (de 1564 et de 1569) avaient fixé, en ce sens, la jurisprudence (comp. *des Success.* chap. II, art. I, sect. I, § 2 ; Guiné, p. 160 ; Merlin, *Rép.*, v° *Représent.*, sect. IV, § 3, n[os] 8 et 9).

409. — Aucun article de notre Code ne se réfère à cette ancienne distinction ; et à ne considérer que les

textes, on ne saurait dire s'il a entendu l'admettre ou la rejeter.

Les auteurs qui ont écrit depuis sa promulgation, n'ont peut-être pas non plus abordé cette thèse très-carrément; la plupart même ne la mentionnent pas du tout; et parmi ceux qui s'en occupent, les meilleurs et certainement les plus dignes de faire autorité ne l'exposent qu'avec une sorte d'hésitation.

C'est ainsi que Demante, après l'avoir rappelée, n'en déduit, pour ainsi dire, que d'une façon hypothétique, les conséquences qu'elle produirait dans notre droit actuel : « *si ces principes sont exacts,* » dit l'éminent professeur (t. III, n° 47 *bis,* VII; ajout. Toullier, t. II, n° 198; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. III, n° 460; Massé et Vergé, t. II, p. 260).

410. — Mais ces principes sont ils effectivement encore exacts aujourd'hui?

C'est ce qu'il faut examiner.

Nous croyons, pour notre part, que la distinction que l'on faisait anciennement entre les différentes causes d'incapacité, est tout à fait conforme aux principes en matière de représentation; et que, en la dégageant de la formule un peu abstraite sous laquelle on l'a, dans les premiers temps, produite, il est possible de lui restituer le caractère de simplicité et de clarté, qui lui appartient.

Voici donc, sur ce sujet, la doctrine que nous proposons:

Lorsque l'on veut savoir si une personne prédécédée peut être représentée, il faut, avant tout, supposer qu'elle est encore vivante au moment où la succession s'ouvre, et se demander, dans cette hypothèse, ce qui serait arrivé.

Si la personne prédécédée, en la supposant survivante, n'aurait pas dû être appelée du tout à la succession, s'il n'y aurait eu pour elle ni place ni degré, elle ne pourra pas être représentée; c'est le cas du *vice absolu.... si omnino incapax fuerit,* disait Roblès (*de Repræsentatione,* tit. I, cap. XI, n° 18).

Si, au contraire, le prédécédé aurait dû être appelé à la succession, s'il y aurait eu, pour lui, un degré, une place à remplir, il pourra être représenté, lors même qu'il aurait pû être personnellement exclu de la succession ; c'est le cas du *vice relatif.... licet in aliquem casum aut eventum exclusus* (Roblès, *loc. supra cit.*).

Il nous semble que la distinction, ainsi présentée, est très-juridique ; et l'on va voir qu'elle ne produit aussi que des conséquences fort raisonnables.

411. — Dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque le prédécédé était tout à fait incapable, il ne comptait pas, aux yeux de la loi, dans la famille du *de cujus ;* il n'aurait pas été appelé du tout à la succession ; et alors, on ne comprendrait pas comment son prédécès fournirait à un autre le moyen de venir remplir sa *place* et occuper *son degré*, puisque, encore une fois, il n'y avait là, pour le prédécédé, ni place ni degré, ni droits, ni espérance héréditaire d'aucune sorte ! La base essentielle de toute représentation fait donc ici complétement défaut ; et on ne saurait l'admettre sans la plus manifeste inconséquence : *ne plus juris sit in causa quam in influente potentia causæ*, disaient aussi nos anciens, dans leur langage un peu métaphysique, mais, en ce point, très-juste et très-exact (Someren, chap. XIV, n°s 9 et 10).

De là il suit que l'on ne peut pas représenter :

1° Celui qui n'était pas encore conçu lors de l'ouverture de la succession du *de cujus ;*

2° Celui qui n'est pas né viable (art. 725) ;

3° Et qu'on n'aurait pas pu représenter non plus, avant la loi du 14 juillet 1819, l'étranger qui, en cette qualité, n'aurait pas été appelé à la succession (art. 11, 726).

En effet, en supposant que ces personnes prédécédées eussent, au contraire, survécu au *de cujus*, elles n'auraient eu, dans la succession, aucune vocation ; il n'y aurait eu aucun *degré* pour elles ; donc, il est impossible

qu'un autre prétende venir, après leur décès, occuper par la représentation un degré qui n'a jamais existé (comp. Chabot, sur l'article 744, n° 2).

412. — Dans le second cas, au contraire, c'est-à-dire lorsque le prédécédé, en le supposant vivant, aurait été appelé à la succession, il peut être représenté, lors même qu'il aurait été susceptible d'encourir personnellement une exclusion particulière; car alors, il y a là bien véritablement une place à occuper, un degré à remplir; il y a là, enfin, des droits héréditaires; et maintenant que l'héritier présomptif est prédécédé, rien ne s'oppose à ce qu'un autre héritier vienne, à sa représentation, remplir cette place et occuper ce degré.

Nous disons que rien ne s'y oppose, lorsqu'on n'invoque, en effet, contre le représentant, que certains vices relatifs, qui auraient pu être invoqués contre le représenté, s'il avait survécu.

Ces sortes de vices ou incapacités ne sauraient atteindre le représentant; et cela par deux motifs :

1° C'est d'abord qu'ils n'ont pas pu atteindre le représenté lui-même, et qu'ils ne se sont jamais réalisés dans sa personne, puisqu'il est mort avant l'ouverture de la succession.

Ces sortes de vices, en effet, accidentels, et en quelque sorte *contingents*, ont ce double caractère : d'une part, qu'ils ne détruisent pas la vocation héréditaire, qu'ils ne suppriment pas de plein droit le titre d'héritier, dont ils peuvent seulement plus tard entraîner la déchéance (*supra*, n° 276); et d'autre part, qu'ils n'affectent celui qui est susceptible de les encourir, que lorsque la succession s'ouvre, et au moment où il devient héritier; car, ils sont des qualités mauvaises de ce titre; or, la qualité ne peut exister sans le sujet; voilà pourquoi nous avons déjà dit que l'indignité ne pouvait jamais être encourue avant l'ouverture de la succession, et qu'une personne décédée avant le *de*

cujus n'avait jamais pu être considérée comme indigne (*supra*, 278).

2° Lors même que l'on prétendrait (contrairement, suivant nous, à toutes les règles) que le vice relatif et personnel que le prédécédé était susceptible d'encourir, aurait pu l'atteindre et se réaliser légalement dans sa personne avant l'ouverture de la succession, il n'en faudrait pas moins encore reconnaître que, après son prédécès, ce vice ne pourrait pas être opposé à son représentant.

N'oublions pas ce point capital, à savoir : que ces vices, tout relatifs et personnels, n'empêchent pas que celui qui en est atteint ne soit appelé à la succession, qu'il n'y ait une place et un degré. C'est ce qu'on a exprimé dans une formule excellente, en disant que le vice relatif *personam afficit et inficit, sed non inficit gradum* (Guiné, p. 158; *supra*, n° 408).

Il y a donc là des droits héréditaires à recueillir; et en conséquence, ils pourront être recueillis, si l'héritier qui se présente à cet effet, est lui-même capable et non indigne;

Or, quel est ici l'héritier? Le représenté? non évidemment, mais bien le représentant lui-même et lui seul;

Donc, il n'y a pas à considérer si le représenté, dans le cas où il serait venu lui-même, aurait pu être écarté par un vice à lui relatif et personnel; car ce n'est pas lui personnellement qui vient et qui succède, c'est uniquement le représentant; et le représentant n'étant pas lui-même affecté de ce vice, rien ne manque pour que cette vocation héréditaire s'accomplisse parfaitement, puisque nous avons, d'une part, une place, un degré, des droits successifs, et, d'autre part, un héritier qui n'est, lui, ni incapable ni indigne.

C'est ce que Someren exprimait encore fort justement, lorsqu'il disait que la condition essentielle, en ce cas,

c'est que le droit de succéder, la place, le degré aient été là en puissance : *sufficit jus successionis hic et in potentia competiisse;* et qu'il n'y a plus à s'occuper des incapacités intrinsèques qui auraient pu atteindre éventuellement le représenté, s'il avait survécu, incapacités que sa mort a fait disparaître avec sa personne : *vitium aliunde abortum vel extrinsecum per mortem evanescit; et ad casum habilitatis causa redit* (*loc. supra cit.*).

Ceci prouve, au reste, qu'il ne faut pas exagérer la maxime que l'on rencontre partout en notre matière, que la représentation consiste à faire revivre en quelque sorte le représenté dans la personne du représentant (*supra*, n° 392); car, à prendre cette maxime trop à la lettre, on en viendrait à apprécier, de tous points, la capacité du représentant, d'après celle que le représenté lui-même aurait eue, en cas de survie; ce qui serait évidemment inadmissible.

413. — Mais, dans la théorie que nous venons de présenter, comment expliquer, dira-t-on, que le mort civilement puisse être représenté? Est-ce que la mort civile précisément ne retranchait pas de la famille celui qui en était frappé? Est-ce que l'incapacité qui en résultait n'était pas absolue, *omnino incapax!*

On a répondu que c'était là une exception au système de la loi, exception introduite en faveur des familles des personnes mortes civilement, afin qu'elles ne fussent pas privées des successions par une faute qui leur était étrangère (comp. Chabot, sur l'article 744, n° 4).

Nous pensons, pour notre part, que cette disposition, loin d'être exceptionnelle, rentre, au contraire, parfaitement dans la théorie générale de notre sujet, et qu'elle en est même une conséquence très-logique.

La mort civile *tuait*, si j'ose dire ainsi, légalement le condamné, comme la mort naturelle l'aurait tué physiquement.

Et il n'y avait, à son égard, aucun moment où il aurait

été possible de le mettre, *avec son incapacité*, en rapport avec la succession; de telle sorte qu'il y avait toujours eu pour lui, dans la famille du *de cujus*, une place, un degré et une vocation héréditaire éventuelle, qui n'avait jamais été détruite par sa mort civile.

En effet, avant sa mort civile, il n'était pas incapable; il occupait, dans la famille, son degré; et si la succession s'était alors ouverte, il y aurait été lui-même appelé.

Après sa mort civile, il était incapable sans doute; mais aussi, il avait cessé d'occuper son degré dans la famille; ce degré n'était pas supprimé ni anéanti; il était devenu vacant, comme il le serait devenu par la mort naturelle.

En un mot, le mort civilement n'avait jamais été, aux yeux de la loi, en même temps vivant et incapable.

Tant qu'il vivait, il était capable;

Et dès qu'il était devenu incapable, il avait cessé de vivre!

Le même événement enfin, qui le frappait, lui! d'une incapacité absolue, rendait immédiatement sa place libre et son degré vacant.

Donc, il n'y avait eu, tant qu'il vivait, dans sa capacité de succéder *in futurum*, aucune altération; donc, la représentation de l'individu mort civilement était logiquement aussi possible que celle de l'individu mort naturellement (*voy.* aussi sur cette thèse, notre tome I, nos 196 et 200).

414. — Les causes d'incapacité purement accidentelles et relatives à la personne représentée sont infiniment rares dans notre droit actuel, où nous ne connaissons plus les exhérédations, ni les exclusions coutumières ou contractuelles (*supra*, n° 215).

On peut citer encore l'indignité; et c'est en effet sur cette hypothèse que s'agite, aujourd'hui, notre question (*supra*, n° 292).

415. — Demante ajoute qu'il faudrait considérer aussi comme une incapacité accidentelle et pénale celle qui, d'après le décret du 26 août 1811, empêche le Français, naturalisé en pays étranger sans autorisation, de recueillir des successions en France; et que par suite, ses enfants français pourraient le représenter, s'il était, bien entendu, prédécédé (t. III, n° 47 *bis*, VII; *voy.* aussi *supra*, n° 404).

On pourrait objecter que la qualité d'étranger constituait, dans la personne du prédécédé, plutôt une incapacité absolue, qui supprimait le degré lui-même, qu'une incapacité relative, qui l'empêchait seulement de remplir son degré (*supra*, n° 411).

Mais la solution proposée est favorable; et surtout depuis la loi du 14 juillet 1819, d'après laquelle les étrangers peuvent aujourd'hui succéder en France, de la même manière que les Français, nous croirions aussi que l'incapacité de succéder prononcée par le décret du 26 avril 1811, contre le Français naturalisé en pays étranger sans autorisation, ne constituerait qu'un vice relatif et personnel, qui ne ferait point obstacle à la représentation.

§ II.

Dans quels cas ou en faveur de quels héritiers la représentation est admise.

SOMMAIRE.

416. Nous avons vu que l'article 731 distingue trois ordres d'héritiers :

A. Les enfants et descendants du défunt;

B. Ses ascendants;

C. Ses parents collatéraux (comp. *supra*, nos 360, 361).

Il faut examiner, dans chacun d'eux, si et comment la représentation y est admise.

417. — A. Et d'abord, en ce qui concerne l'ordre des enfants et descendants, l'article 740 s'exprime ainsi :

« La représentation a lieu à l'infini dans la ligne directe descendante.

« Elle est admise dans tous les cas, soit que les enfants « du défunt concourent avec les descendants d'un enfant « prédécédé, soit que tous les enfants du défunt étant « morts avant lui, les descendants desdits enfants se trou- « vent entre eux en degrés égaux ou inégaux. »

C'est surtout dans la ligne descendante que la représentation devait être admise à l'infini :

D'une part, en effet, les descendants d'un enfant prédécédé prennent toujours la place de leur père ou mère dans le cœur de leur aïeul ou bisaïeul, etc., qui, le plus souvent même les aime encore avec un redoublement d'affection ;

Et d'autre part, les successions en ligne directe descendante étant particulièrement assurées soit par l'ordre même de la nature, qui fait survivre les enfants à leurs ascendants, soit par la tendresse des parents, qui ne détournent presque jamais leurs biens de la voie du sang, soit aussi par la loi civile, qui attribue aux enfants une réserve, il était éminemment équitable de réparer, au moyen de la représentation, le tort à peu près certain

que la mort prématurée de l'un des enfants avait ainsi causé à sa branche (ajout. art. 914).

418. — De notre article 740, il résulte que la représentation peut avoir lieu dans trois cas, à savoir :

1° Lorsque le défunt a laissé un ou plusieurs enfants au premier degré et des descendants d'un ou de plusieurs enfants prédécédés ;

2° Lorsque tous les enfants du premier degré étant prédécédés, leurs descendants se trouvent, entre eux, à des degrés inégaux ;

3° Enfin, lorsque tous les enfants du premier degré étant prédécédé, leurs descendants se trouvent, entre eux, à des degrés égaux.

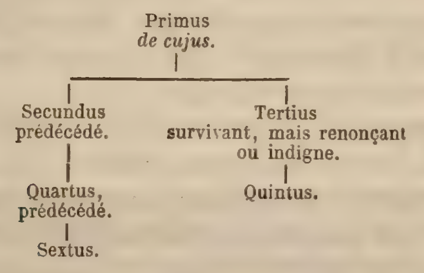
419. — Dans cette dernière hypothèse, les descendants du défunt se trouvant tous en degrés égaux, la représentation ne saurait avoir pour but de faire monter les uns ou les autres à un degré plus proche; son objet alors est seulement d'introduire le partage par souche, afin de maintenir l'égalité entre les différentes branches de la descendance, et pour que plusieurs petits-enfants issus de l'un des enfants prédécédés n'obtiennent pas, à eux tous, une part plus forte que celle que leur auteur lui-même aurait eue : *Tantam ex hæreditate portionem, quantam eorum parens futurus esset accipere, si superstes fuisset* (Nov. 118; Inst., § 6, *de hæredit. quæ ab intestat. defert.;* art. 743, 914).

420. — L'article 740, en décidant que la représentation a lieu, en cas de prédécès de tous les enfants, soit que tous les descendants se trouvent en degrés égaux, soit qu'ils se trouvent en degrés inégaux, cet article, disons-nous, tranche ainsi une double controverse, qui s'était agitée dans notre ancien droit.

D'autre part, on avait mis en question si le partage devait avoir lieu par souches ou par tête, lorsque plusieurs petits-enfants de différentes branches se présentaient, en degré égal, à la succession de leur aïeul; et ce fut

même là, dit Guiné, *une question fameuse d'entre Azon et Accurse* (*de la Représent.*, page 169). Il faut dire toutefois que l'opinion d'après laquelle le partage devait, en ce cas, être fait par souches, avait définitivement prévalu ; Dumoulin l'avait attesté sur l'article 9 du chapitre XII de la coutume d'Auvergne ; et c'est même à ce propos que Lebrun accusait certains docteurs (Azon et Accurse lui-même), *d'avoir un peu décliné du droit chemin en matière de représentation* (liv. III, chap. v, sect. II, n° 24; ajout. Pothier, *des Success.*, chap. II, sect. I, § 1 et § 4).

D'autre part, c'était un point beaucoup plus controversé encore que celui de savoir si les descendants d'une branche pouvaient exclure, au moyen de la représentation, des descendants d'une autre branche, en degré égal ou plus proche, qui n'auraient pas pu eux-mêmes invoquer ce bénéfice.



Il y avait des jurisconsultes, qui ne voulaient pas que *Quintus*, petit-fils du défunt (*Primus*), fût exclu par *Sextus*, son arrière-petit-fils, et qui admettaient entre eux le partage égal de la succession, *Sextus* montant seulement par la représentation au degré de *Quartus* son père.

« *La représentation*, disait Basnage, *est un bénéfice pour succéder seulement et non pour exclure*, *parce que autrement on ferait concurer* (sic) *deux grâces singulières et une double fiction* (sur l'article 304 de la cout. de Normandie).

Mais est-ce que, dès l'instant de l'ouverture de la succession, *Sextus*, l'arrière-petit-fils, ne s'était pas trouvé,

par l'effet de la représentation, le cohéritier, à égal degré, de *Tertius?* et dès lors, la part de celui-ci, renonçant ou indigne, ne devait-elle pas lui être échue par droit d'accroissement? Telle était la raison de décider pour Pothier (*des Succes.*, chap. II, sect. I, art. 1, § 3); et nous croyons qu'il faut, sans hésiter encore aujourd'hui, la considérer comme telle; car la représentation est un effet direct et immédiat de la loi, qui fait entrer le représentant dans le degré et dans les droits du représenté, et qui, en conséquence, doit donner au représentant le droit d'exclure ceux que le représenté aurait exclus, aussi bien qu'elle lui donne le droit de concourir avec ceux avec lesquels le représenté aurait concouru (art. 739, 786; comp. Demante, t. III, n° 48 *bis*, II; Duranton, t. VI, n° 175; Chabot, sur l'article 740).

421. — B. Aux termes de l'article 741 :

« La représentation n'a pas lieu en faveur des ascendants; le plus proche, dans chacune des deux lignes, exclut toujours le plus éloigné. »

« La successibilité des descendants, disait l'orateur du Tribunat devant le Corps législatif (M. Siméon), est autant naturelle que légitime; mais celle des ascendants est contraire à la marche ordinaire des événements; on croit voir un fleuve remonter vers sa source; l'ordre de la nature est troublé; il n'y aura donc pas de représentation pour ce cas extraordinaire. » (*Voy.* Locré, *Législ. civ.*, t. X, p. 287.)

Ces motifs n'ont pas convaincu M. Duranton, qui a écrit que la meilleure raison qu'on puisse en donner, c'est qu'on l'a voulu ainsi : *Sit pro ratione voluntas*, dit le savant auteur (t. VI, n° 178, note 1).

On ne saurait nier pourtant que les deux bases sur lesquelles repose le principe de la représentation, ne fassent ici à peu près complétement défaut.

D'une part, chacun sait que les affections ne remontent pas comme elles descendent, et que si les petits-enfants

peuvent tenir lieu à l'aïeul de son fils ou de sa fille prédécédés, l'aïeul, au contraire, ne prend pas, dans le cœur de l'enfant, la place du père ou de la mère qu'il a eu le malheur de perdre.

D'autre part, la succession du descendant ne devait pas, d'après l'ordre de la nature, être recueillie par l'ascendant; et la mort prématurée du descendant n'a pu tromper, sous ce rapport, aucune espérance de transmission héréditaire pour l'ascendant.

Aussi, la représentation dans la ligne directe ascendante n'a-t-elle été admise par aucune des législations antérieures.

La Novelle 118, cap. II, de Justinien, la proscrivait même formellement, en décidant que l'ascendant le plus proche exclut tous les autres : *Hos præponi jubemus, qui proximi gradus reperiuntur, sive paterni sive materni.* Il est vrai que l'empereur voulait que lorsque plusieurs ascendants, tant paternels que maternels, étaient au même degré, la succession, au lieu d'être partagée par tête, se divisât par moitié entre les deux lignes, quel que fût le nombre des héritiers qui se trouvaient de l'un ou de l'autre côté; et on avait prétendu qu'il avait admis, du moins dans cette hypothèse, la représentation dans la ligne directe ascendante. Mais il n'y avait là, dit fort bien Lebrun, qu'une *fausse représentation* (Liv. III, chap. V, sect. II, n° 6); et la vérité est que cette disposition, exceptionnelle et même *irrégulière* dans le système de la Novelle, comme dit à son tour Guiné (*de la Représentation*, p. 165), n'était autre chose que le système de la *fente* entre les deux lignes, appliqué par Justinien dans ce cas particulier.

Mais cette irrégularité, *purement arbitraire* (c'est ainsi que Pothier lui-même s'explique, *Introduct. au tit.* XVII *de la Cout. d'Orléans*, n° 26), n'était pas suivie autrefois, du moins dans les pays coutumiers; et, à l'exception seulement de la coutume de Bailleul, en Flandre, c'était

une maxime générale que la représentation n'avait jamais lieu en faveur des ascendants (comp. aussi Reims, art. 309; Lebrun, liv. III, chap. v, sect. II, nos 6, 7, 8; Merlin, *Rep.*, v° *Représent.*, sect. IV, § 5).

La loi du 17 nivôse an II avait aussi disposé que les *ascendants succèdent toujours par tête* (art. 73).

Et telle est également la règle consacrée par notre article 741.

422. — De cette règle dérivent deux conséquences :

1° Un ascendant d'un degré plus éloigné ne peut point venir à la succession de son descendant par représentation d'un ascendant d'un degré plus proche.

Si, par exemple, le défunt n'ayant ni enfant, ni frère, ni sœur, ni descendant de frère et sœur, a laissé dans sa ligne paternelle son aïeul et son bisaïeul, père de l'aïeule prédécédée, ce bisaïeul ne pourra pas représenter l'aïeule à l'effet de concourir avec l'aïeul.

De même l'aïeul du défunt ne pourrait pas représenter son fils ou sa fille prédécédés, à l'effet de concourir avec un neveu ou un petit-neveu placé dans la même ligne, et d'obtenir ainsi, contre ce neveu, le quart auquel le père ou la mère du *de cujus* aurait eu droit (art. 749, 751). L'aïeul, au contraire, serait entièrement exclu par le neveu (art. 746).

2° Les ascendants ne peuvent point être représentés, dans la succession de leur descendant, par d'autres descendants, parents collatéraux du défunt.

Cette seconde partie de la règle, disait Guiné, n'est pas moins véritable (*de la Représentation*, p. 165).

Il ne faudrait pas objecter que les descendants du père ou de la mère, parents collatéraux du *de cujus*, c'est-à-dire ses frères et sœurs, neveux et nièces, sont préférés à l'aïeul et à l'aïeule; *car ce n'est point par représentation*, répondait autrefois Guiné (*loc. supra*); et cela est encore aujourd'hui d'évidence. C'est de leur chef et en leur propre nom, que les frères, sœurs ou descendants d'eux,

sont appelés, à l'exclusion des ascendants autres que les père et mère. De cette vocation directe et personnelle, il y a deux preuves certaines : d'abord, c'est que les frères, sœurs ou descendants d'eux, qui donnent, en leur propre nom, l'exclusion aux aïeul et aïeule, viendraient aussi, en leur propre nom, en concours avec les père et mère eux-mêmes ; et ensuite, c'est qu'ils sont appelés, sans distinction de ligne, de telle sorte qu'un frère consanguin, par exemple, exclueraít l'aïeul *maternel* aussi bien que l'aïeul paternel (art. 752); or, certes, il serait bien impossible de dire que le frère *consanguin* vient par représentation de la *mère !*

423. — Il est bien essentiel aussi de remarquer que, d'après notre article 741, ce n'est que *dans chacune des deux lignes* que l'ascendant le plus proche exclut le plus éloigné.

Nous avons vu, en effet, que la fente de la succession échue à des ascendants engendre, pour ainsi dire, deux successions parallèles et distinctes, dans chacune desquelles les règles de la vocation héréditaire sont séparément appliquées aux parents de chacune des lignes (art. 733 ; *supra* n° 367).

Et, à ce sujet, nous avons également remarqué qu'il ne fallait pas confondre le système de la fente avec le système de la représentation (*supra*, n° 377).

Cette confusion pourtant se rencontre souvent dans notre sujet ; c'est sur la Novelle 118 qu'on a commencé à la faire, lorsqu'on a prétendu trouver un cas de représentation dans la disposition de cette Novelle, qui ordonne le partage par moitié entre les deux lignes paternelle et maternelle, dans le cas où les ascendants de chacune des lignes se trouvent à égal degré (*supra*, n° 421); et beaucoup d'auteurs ont toujours continué depuis à mêler ainsi ces deux théories pourtant fort distinctes ; si bien que, de nos jours encore, on a enseigné que *la division entre les lignes produit le même effet que la représen-*

tation (Chabot, sur l'article 742, n° 2; Toullier, t. II, n° 194).

Il s'en faut bien, en vérité, et de beaucoup!

Le seul effet de la division entre les deux lignes, c'est, encore une fois, de produire, à certains égards, deux successions distinctes, dans chacune desquelles les règles des vocations héréditaires sont distributivement appliquées. Cet effet est très-considérable, sans doute; mais il ne se confond nullement avec l'effet de la représentation.

Et en voici trois preuves:

La première, c'est que, dans chacune des deux lignes, l'ascendant le plus proche exclut le plus éloigné;

La seconde, c'est que, s'il existe plusieurs ascendants au même degré dans une ligne, ils partagent par tête et non par souche, et sans qu'il y ait jamais lieu à aucune subdivision entre les différentes branches de la même ligne;

La troisième, enfin, c'est que les ascendants, venant toujours de leur chef, ne sont tenus de rapporter que ce qui leur a été donné à eux-mêmes par le défunt, et non pas ce qui aurait pu être donné à un ascendant d'un degré plus rapproché; tandis qu'il en serait autrement, comme nous le verrons plus tard, si l'ascendant plus éloigné venait par représentation de l'ascendant plus proche (art. 848; comp. Guy-Coquille, sur l'article 12 du titre *des Successions* de la cout. de Nivernais; Demante, t. III, n° 48 *bis*, I; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. III, n° 464).

424. — C. Reste, enfin, l'ordre des parents collatéraux; et voici, pour ce qui les concerne, comment l'article 742 s'exprime:

« En ligne collatérale, la représentation est admise en « faveur des enfants ou descendants de frères ou de « sœurs du défunt, soit qu'ils viennent à sa succession « concurremment avec des oncles ou tantes soit que tous

« les frères et sœurs du défunt étant prédécédés, la suc-
« cession se trouve dévolue à leurs descendants en degrés
« égaux ou inégaux. »

Les auteurs du Code Napoléon ont ainsi adopté un terme moyen entre le système de la Novelle 118 et de plusieurs de nos anciennes coutumes, qui avaient restreint, dans des limites trop étroites, la représentation en ligne collatérale, et le système de quelques autres coutumes et de la loi du 17 nivôse an II, qui l'avaient au contraire, démesurément étendue (comp. *supra*, nos 352 et 357).

425. — Et d'abord, notre Code n'admet pas la représentation *jusqu'à l'infini*, c'est-à-dire dans tous les degrés de parenté de la ligne collatérale, comme l'avait fait la loi du 17 nivôse (art. 77).

Il est évident, en effet, que la présomption d'affection qui comprend également tous les degrés de la ligne descendante, s'affaiblit et disparaît dans la ligne collatérale, à mesure que les degrés se multiplient et s'éloignent ; et on ne saurait dire certainement que l'enfant d'un cousin prend, dans les affections du cousin survivant, la place de son auteur (comp. Fenet, t. XII, p. 20).

Les espérances de transmission héréditaire sont par suite aussi, dans les degrés éloignés de la ligne collatérale, beaucoup plus incertaines ; et le prédécès d'un présomptif héritier ne trompe alors aucune attente assez fondée pour que la représentation ait pu paraître nécessaire.

Ajoutons enfin les inconvénients et les dangers déjà signalés de ce système de représentation à l'infini dans la ligne collatérale qui, en divisant la succession en branches multiples, poussait à un morcellement sans fin des propriétés, et devenait une source intarissable de difficultés et de procès (*supra*, n° 358).

426. — Mais, d'autre part, notre Code ne limite pas, comme l'avaient fait la Novelle 118 et plusieurs de nos

coutumes françaises, la représentation aux neveux et aux nièces du *de cujus*, c'est-à-dire aux fils et aux filles de ses frères ou de ses sœurs prédécédés; il l'étend, au contraire, à tous *les enfants et descendants* des frères ou sœurs du défunt, non-seulement donc à ses neveux ou nièces, mais à ses petits-neveux ou petites-nièces, et ainsi de suite (art. 742).

Et très-justement, sans doute! « N'est-ce point là, disait M. Berlier, par rapport à un homme sans enfants, l'image de la primitive famille, et le tableau vivant qui lui rappelle tous ses frères? » (Fenet, t. XII, p. 20.)

427. — Et ce n'est point là la seule innovation, disons mieux, la seule amélioration que l'article 742 ait introduite en cette matière.

Autrefois, d'après la Novelle 118, qui était observée dans plusieurs de nos provinces, la représentation limitée, comme nous venons de le dire, aux *neveux* et aux *nièces* du *de cujus*, n'était admise, même dans cette limite, que pour certains cas déterminés, à savoir :

1° Pour faire succéder les neveux et nièces en concours avec les frères ou sœurs du *de cujus*, leurs oncles ou tantes;

2° Pour faire succéder les neveux et nièces issus d'un frère ou d'une sœur germains, à l'exclusion d'un frère ou d'une sœur d'un seul côté, utérins ou consanguins;

3° Enfin, pour faire succéder les neveux ou nièces, à l'exclusion des oncles ou tantes du *de cujus*. Et encore faut-il remarquer, sur ce dernier point, qu'il était fort contesté, et que même plusieurs coutumes, s'en tenant rigoureusement à la règle qu'il n'y avait pas lieu à la représentation en faveur des neveux et nièces, lorsque le défunt n'avait pas laissé de frères et sœurs, déclaraient formellement que *l'oncle et le neveu du défunt succèdent également, comme estant au mesme degré, et sans que, audit cas, y ait représentation.* Tels étaient les termes mêmes des coutumes de Paris (art. 339), et d'Orléans

(art. 330). (Comp. Pothier, *des Success.*, chap. II, sect. III, art. 1, § 1 ; Lebrun, *des Success.*, liv. III, chap. V, sect. III, nos 5-9.)

En dehors de ces hypothèses, la représentation n'avait pas lieu, même à l'égard des neveux et nièces du défunt, à l'effet d'amener entre eux le partage par souche; elle n'était admise qu'autant qu'il leur fallait, pour succéder, soit seuls, soit en concours avec d'autres, monter à un degré plus proche que le leur. Autrement, et si les neveux et nièces se trouvaient entre eux, en égal degré, le partage avait lieu par tête, encore bien qu'ils fussent issus, en nombre différent, de plusieurs frères ou sœurs du *de cujus*.

Du moins, tel était le sentiment qui paraissait le plus général, celui qu'enseignaient Pothier et Lebrun, au milieu des longues et vives controverses que ce sujet avait soulevées (comp. Rousseau de La Combe, v° *Représentation*, n° 4; Guiné, *de la Représentation*, p. 169; Merlin, *Rép.*, v° *Représentation*, sect. I, § 3, n° 3).

On retrouve même encore la trace de ces controverses dans l'article 26 du projet, qui portait que la représentation est admise en ligne collatérale, *si le défunt laisse des frères ou sœurs, et des neveux ou nièces* (Fenet, t, XII, p. 17).

Mais on a reconnu, dans la discussion, que la représentation, en ce qui concerne les neveux et nièces, ne devait pas être subordonnée à la condition que le défunt laisserait des frères ou sœurs; la rédaction première a donc été changée; et notre article 742 a eu précisément pour but de trancher toute espèce de doute sur ce point, en déclarant que la représentation est admise en faveur des enfants et descendants des frères et sœurs du défunt :

Soit qu'ils viennent à la succession concurremment avec des oncles ou tantes;

Soit que tous les frères et sœurs du défunt étant prédé-

cédés, la succession se trouve dévolue à leurs descendants en degrés égaux ou inégaux (ajout. art. 740, 743; et *supra*, n° 418).

428. — Il est bien entendu aussi que nous ne faisons plus aujourd'hui, en ce point, aucune différence entre les frères et sœurs germains, et les frères et sœurs utérins ou consanguins. L'article 742 admet, sans aucune distinction, la représentation en faveur des enfants et descendants *de frères ou sœurs du défunt* (comp. Nov. 118; Chabot, sur l'article 742, n° 6; ajout. art. 751, 752).

Seulement, on appliquera aux enfants et descendants venant par représentation des frères ou sœurs, la règle posée dans l'article 733, c'est-à-dire que les germains prendront part dans les deux lignes, et les utérins ou consanguins dans la ligne seulement à laquelle ils appartiennent.

§ III.

Quels sont les effets de la représentation.

SOMMAIRE.

429. — La représentation a deux effets :
430. — A. Le représentant monte au degré du représenté.
431. — Une même personne peut en représenter plusieurs, c'est-à-dire monter ainsi plusieurs degrés.
432. — B. La représentation fait entrer les représentants dans les droits du représenté.
433. — Les représentants ne peuvent pas avoir plus de droits que le représenté. — De là deux conséquences :
434. — 1° Dans tous les cas où la représentation est admise, le partage s'opère par souches.
435. — Suite.
436. — Suite. — Notre Code n'a point admis la représentation à l'effet de partager.
437. — 2° Les représentants sont tenus, envers la succession, aux mêmes obligations auxquelles le représenté lui-même aurait été tenu en sa qualité d'héritier, s'il avait survécu. — Exemple. — Renvoi.
438. — Les représentants, qui ne peuvent jamais avoir plus de droits que le représenté n'en aurait eu, peuvent-ils quelquefois en avoir moins?

429. — La représentation a deux effets, savoir :

A. De faire entrer le représentant dans le degré du représenté;

B. De lui attribuer ses droits; d'où résulte, comme nous l'allons voir, le partage par souche entre les représentants.

430. — A. Et d'abord, le représentant monte au degré du représenté.

Nous avons déjà dit que la représentation, sous ce point de vue, est une exception à la règle, d'après laquelle le plus proche parent succède à l'exclusion du plus éloigné (comp. *supra*, n° 351; art. 734 et 741).

Aux termes de l'article 739, l'effet de la représentation est de faire entrer les représentants *dans la place*, *dans le degré*... du représenté.

Place et *degré* forment un peu pléonasme; car il est clair que le représentant ne peut prendre la place du représenté qu'en montant à son degré, et réciproquement. Aussi, le droit romain se bornait-il à cette formule : *Placuit nepotes in parentis sui* locum *succedere* (Inst., § 2, *de hæredit. quæ ab intest. defer.*; Nov. 118, cap. I et III).

431. — Nous avons déjà remarqué qu'une même personne pouvait en représenter plusieurs, c'est-à-dire monter successivement plusieurs degrés, sous la condition seulement que la représentation fût immédiate et ne se fît point *per saltum* (*supra*, n° 406).

432. — B. En second lieu, avons-nous dit, la représentation fait entrer les représentants dans les droits du repr senté (art. 739).

Dans les droits qu'il a eus? non, évidemment! mais dans les droits qu'il aurait eus, s'il n'était pas prédécédé, ou mieux encore dans les droits qu'il aurait été susceptible d'avoir, lors même qu'il aurait pu en être exclu accidentellement par un vice relatif et personnel (comp. *supra*, n°s 407 et suiv.).

La pensée essentielle qui a inspiré la représentation est, en effet, celle-ci : que les descendants qui viennent

par représentation recueillent, à eux tous, *per modum unius*, les mêmes droits que leur auteur immédiat aurait recueillis lui-même, soit de son chef, soit par représentation; de manière, finalement, à ce que la descendance tout entière de l'héritier présomptif prédécédé ne prenne collectivement que la part virile de cet héritier, et n'obtienne que les mêmes droits *ni plus, ni moins*.

433. — Que les représentants ne puissent pas avoir plus de droits que le représenté, cela est tout simple (art. 739).

Et de là dérivent deux conséquences :

1° Le partage par souche entre les représentants;

2° L'obligation du rapport, par les représentants, de ce qui a été donné par le *de cujus* au représenté.

434. — 1° Il y a, en matière de succession, deux sortes de partage, à savoir :

Le partage par tête, *in capita*, qui fait autant de parts que de personnes, et où chacun des héritiers reçoit une portion égale et *virile;*

Et le partage par souches, *in stirpes*, qui divise, au contraire, l'hérédité en autant de parts qu'il y a de souches; de telle sorte que les membres de la même souche recueillent collectivement, *per modum unius*, la part afférente à la souche qu'ils représentent.

Cela posé, l'article 743 est ainsi conçue :

« Dans tous les cas où la représentation est admise, le « partage s'opère par souche; si une même souche a « produit plusieurs branches, la subdivision se fait aussi « par souche dans chaque branche, et les membres de la « même branche partagent entre eux par tête. »

D'après ce que nous venons d'exposer, il est clair que le partage par souche, *in stirpes*, est une conséquence toute rationnelle du système de la représentation; et c'est là ce qui faisait dire à Lebrun que *représentation et partage par souche sont choses absolument réciproques* (liv. I, chap. VI, sect, IV, n° 4); de même que de son côté, Davot

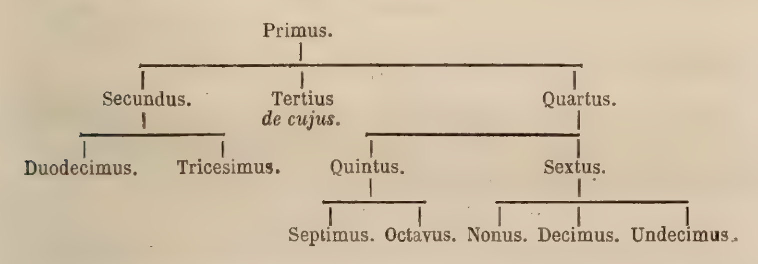
écrivait que *succéder par représentation ou succéder par souche sont deux façons de parler également régulières* (Liv. III, tit. v, chap. xv, n° 51).

Aussi, notre article 743 déclare-t-il que le partage s'opère par souche, *dans tous les cas où la représentation est admise* (ajout. art. 745, 787).

Dans tous les cas, c'est-à-dire soit que les représentants se trouvent, entre eux, à des degrés inégaux, soit même qu'ils se trouvent à des degrés égaux (comp. art. 740, 742; et *supra*, n° 419).

435. — L'article 743 ajoute que si une même souche a produit plusieurs branches, la subdivision se fait aussi par souche dans chaque branche.

Et telle est, en effet, encore la conséquence toute naturelle de la règle que les représentants ne doivent avoir, à eux tous, que la même portion à laquelle leur auteur immédiat aurait eu droit lui-même, soit de son chef, soit par représentation (*supra*, n° 432).



Trois souches sont issues de *Primus*, souche commune; à savoir : celle de *Secundus*, celle de *Tertius* et celle de *Quartus*.

Tertius étant décédé sans enfant ni ascendant, sa souche, à lui, s'est éteinte; et il n'y a que deux souches, dans sa parenté collatérale, qui soient appelées à lui succéder : celle de Secundus et celle de Quartus.

Chacun d'eux, s'il avait survécu, aurait eu moitié de la succession;

Or, les représentants de chacune des souches ne doi-

vent avoir, à eux tous, que la portion à laquelle leur souche elle-même aurait eu droit ;

Donc, tous les représentants de Secundus, d'une part, et tous les représentants de Quartus, d'autre part, n'auront droit qu'à une moitié.

Donc aussi, par suite du même principe, dans la souche issue de *Quartus*, si *Quintus* et *Sextus* sont prédécédés, Septimus et Octavus, d'une part, auront droit à la portion que Quintus aurait eue dans la subdivision de la moitié entre Sextus et lui ; de même que *Nonus*, *Decimus* et *Undecimus* n'auront aussi droit qu'à la portion qui serait revenue dans cette subdivision à Sextus, qu'ils représentent immédiatement.

476. — Mais si le partage s'opère par souche *dans tous les cas où la représentation est admise* (art. 743), il faut ajouter qu'il ne s'opère ainsi que dans ces seuls cas.

Pothier enseignait toutefois la doctrine contraire ; et il distinguait deux sortes de représentation ;

L'une, *à l'effet de succéder ;*

L'autre, *à l'effet de partager,* et qui avait précisément pour conséquence d'introduire le partage par souche dans les cas où la représentation n'était pas admise (*des Successions,* chap. II, sect. I, art. 1, § 4, et *Introduct. au tit.* XVII *de la Cout. d'Orléans,* n° 23 ; ajout. Lebrun, liv. I, chap. IV, sect. VI, distinct. I, nos 14 et 28).

« En conséquence de cette espèce de représentation, disait Pothier, si le défunt a laissé deux fils qui aient l'un et l'autre renoncé à sa succession, et qu'il y ait un petit-fils né de l'un de ces fils, et trois de l'autre, qui viennent à sa succession, quoiqu'ils y viennent dans leur degré de petits-enfants, ne pouvant pas être placés dans le degré de leur souche, qui n'est pas vacant, néanmoins ils partagent par souches ; et l'enfant de l'une des souches aura autant que les trois autres. » (*Loc. supra cit.*)

Mais nous avons déjà remarqué (*supra* n° 402) que cette espèce de représentation à l'effet de partager, qui

avait été introduite dans notre ancien droit pour corriger et atténuer, en partie, les résultats de la règle qui ne permettait pas de représenter les personnes vivantes, que cette espèce de représentation, disons-nous, n'a pas été maintenue par le nouveau législateur ; et il serait évidemment impossible d'admettre aujourd'hui le système de Pothier.

L'article 739 n'établit qu'une seule espèce de représentation, avec le double et indivisible effet de faire entrer les représentants dans *la place*, *dans le degré* et dans les droits du représenté ;

Or, dans l'hypothèse que Pothier proposait, les petits-enfants ne peuvent pas entrer dans la place ni dans le degré de leurs auteurs qui sont vivants ;

Donc, il n'y a pas lieu à représentation ; donc, ils succèdent *de leur propre chef ;* et s'ils succèdent de leur chef, le partage ne peut pas se faire autrement que par tête.

Aussi, l'article 787 consacre-t-il textuellement cette déduction de notre règle en ces termes :

« On ne vient jamais par représentation d'un héritier « qui a renoncé ; si le renonçant est le seul héritier de « son degré, *ou si tous ses cohéritiers renoncent, les enfants « viennent de leur chef et succèdent par tête.* » (Comp. *infra*, n° 445 ; Demante, t. III, n° 49 *bis ;* Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. III, n° 468.)

437. — 2° Nous avons dit, (*supra*, n° 433), que les représentants ne devant avoir que les mêmes droits que le représenté aurait eus, il s'ensuivait qu'ils étaient tenus, vis-à-vis de la succession, aux mêmes obligations auxquelles le représenté lui-même aurait été tenu en sa qualité d'héritier, s'il avait survécu.

Et de là, l'art. 848, dont le développement viendra plus tard, à sa place, dans la matière des rapports :

« Pareillement, le fils venant de son chef à la succession du donateur, n'est pas tenu de rapporter le don fait à son père, même quand il aurait accepté la succession

de celui-ci ; *mais si le fils ne vient que par représentation, il doit rapporter ce qui avait été donné à son père, même dans le cas où il aurait répudié sa succession.* »

438. — Les représentants, qui ne peuvent jamais avoir *plus* de droits que le représenté n'en aurait eu, peuvent-ils quelquefois en avoir *moins ?*

C'était là, pour nous servir du mot de Pothier, une thèse autrefois *célèbre,* à savoir : si les représentants succédaient aux prérogatives personnelles du représenté ; et on l'agitait principalement sur la question de savoir si la représentation pouvait donner aux filles de l'aîné prédécédé le préciput d'aînesse qu'aurait eu leur père, qu'elles représentaient.

Les coutumes étaient, à cet égard, fort différentes les unes des autres ; il y en avait, telles que Reims, Laon, dans lesquelles la fille ne représentait pas, comme dit Guiné, *la masculinité de son père ;* tandis que les autres, au contraire, telles que Paris et Orléans, admettaient les filles de l'aîné à représenter leur père dans le droit d'aînesse (comp. Guiné, *de la Représentation*, p. 4, 5 ; Pothier, *des Successions*, chap. II, sect. I, art. 1, § 3 ; Lebrun, liv. II, chap. I, sect. I, n° 17).

Aujourd'hui que le droit d'aînesse n'existe plus (art. 745), cette question ne peut pas s'élever ; et il n'y aurait pas même lieu de la poser maintenant, en ce qui concerne les majorats, qui ont été également abolis, et qui d'ailleurs étaient régis par une législation toute spéciale (comp. sénatus-consulte du 14 août 1806, art. 5 ; décret du 1er mars 1808, art. 35 ; loi du 12 mai 1835 ; loi du 7 mai 1849 ; Toullier, t. II, n° 189).

En général donc, sous l'empire de notre Code, on peut dire que les représentants ont les mêmes droits que les représentés.

SECTION III.

DES SUCCESSIONS DÉFÉRÉES AUX DESCENDANTS.

SOMMAIRE.

439. — Le tableau que nous venons de présenter du système général de notre Code en matière de succession ab intestat, facilitera et abrégera beaucoup l'application qui nous reste à en faire aux divers ordres d'héritiers qu'il appelle.

440. — En ce qui concerne les successions déférées aux descendants, l'article 745 est ainsi conçu :

« Les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs « père et mère, aïeuls, aïeules, ou autres ascendants, « sans distinction de sexe ni de primogéniture, et encore « qu'ils soient issus de différents mariages.

« Ils succèdent par égales portions et par tête, quand « ils sont tous au premier degré et appelés de leur chef; « ils succèdent par souche, lorsqu'ils viennent tous ou « en partie par représentation. »

On voit que cet article renferme deux dispositions principales :

A. Par la première, il proclame la préférence des descendants sur les ascendants et sur les collatéraux ;

B. Par la seconde, il détermine la manière dont les descendants succèdent entre eux.

441. — A. C'est la nature elle-même qui défère, en quelque sorte, la succession aux descendants du défunt, à l'exclusion de tous les autres parents.

Cum prima causa sit suorum hæredum.... disait Justinien (§ 11, Inst., *de grad. cognat.*).

Et c'est aussi chez nous une très-ancienne maxime que : « tant que la tige a souche, elle ne se fourche. »

C'est donc à l'ordre même des descendants que la préférence est assurée sur les autres ordres, indépendamment de la règle de la proximité du degré, qui ne s'observe, ainsi que nous l'avons dit, qu'entre parents appartenant au même ordre (*supra*, n° 348).

442. — Il est bien entendu qu'il ne s'agit ici que des enfants qui sont tels, non-seulement *selon la nature,* mais encore *selon la loi,* comme disait Lebrun (liv. I, chap. IV, section II) ; et nous avons déjà remarqué que nous ne nous occupons, en effet, dans cette partie, que des successions régulières, et par conséquent que des enfants légitimes (*supra*, n° 315).

Il faut, au reste, assimiler aux enfants légitimes les enfants légitimés, en ce qui concerne les successions ouvertes depuis le mariage de leurs père et mère, et les enfants adoptifs en ce qui concerne la succession de l'adoptant (comp. art. 333, 350; notre tome V, n°s 367, 368, et notre tome VI, n° 153).

443. — B. Entre eux, les enfants et descendants sont tous appelés également ; et notre article 745 renouvelle et consacre de plus en plus l'abrogation que les lois intermédiaires avaient déjà prononcée, de trois sortes d'inégalités ou de priviléges qui résulteraient :

1° Du sexe ;

2° De la primogéniture ;

3° De la distinction des lits (comp. *supra*, n° 348).

1° Le privilége de masculinité était une des règles de notre ancien droit coutumier. En Normandie, les *femelles* ne pouvaient succéder aux propres, tant qu'il y avait des

mâles (art. 249) ; et quant à la succession aux meubles et acquêts, elle était aussi déférée aux enfants mâles, à la charge seulement par eux de constituer une dot à leurs sœurs, lorsqu'elles n'avaient pas été dotées *par ses antécesseurs* de leur vivant (art. 250, 252, 253). Il y avait même des coutumes, comme celle d'Auvergne, qui excluaient de toute succession les filles qui n'avaient reçu aucune dot en mariage (comp. Merlin, v° *Propres*, n° 3).

2° En vertu du privilége de primogéniture, certaines coutumes, comme celle de Ponthieu, attribuaient la succession tout entière à l'aîné, à la charge par lui d'en départir une certaine portion à ses puînés ; les autres, en plus grand nombre, comme celles de Paris et d'Orléans, qui appelaient tous les enfants à succéder, attribuaient néanmoins à l'aîné des avantages, des *préciputs*, plus ou moins considérables (comp. Pothier, *des Successions*, chap. II, sect. I).

3° Enfin, de la distinction des lits, qui était admise dans plusieurs coutumes, il résultait que les enfants d'un premier lit succédaient seuls aux biens immeubles que leur auteur avait acquis pendant *son premier mariage et viduité suivante*, à l'exclusion des enfants qu'il avait eus d'un mariage subséquent (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Dévolution coutumière*, § 2 ; Cass., 9 mai 1842, Hecker, Dev., 1842, I, 669).

On pourrait ajouter qu'en vertu de l'édit des secondes noces (de juillet 1560), l'époux veuf qui se remariait était tenu de réserver *aux enfants communs* d'entre lui et son époux prédécédé, les biens qu'il avait reçus de celui-ci à titre de libéralité ; ce qui constituait encore, dans la succession de l'auteur commun, une préférence qu'avaient les enfants du premier lit sur les enfants du second lit. Mais c'était là une substitution fidéicommissaire, et non pas une succession ab intestat (comp. Pothier, *du Contrat de mariage*, n°s 604-613 et suiv.).

Toutes ces distinctions et ces inégalités ont aujourd'hui

disparu ; et tous les enfants et descendants du même auteur, fils ou filles, aînés ou puînés, de même et de différents lits, sont appelés également à la succession.

444. — On a entrepris, en 1826, de rétablir, du moins en partie, les droits d'aînesse et de masculinité.

Le gouvernement de cette époque proposa aux chambres législatives un projet d'après lequel la portion de biens disponible aurait formé, de plein droit, un préciput en faveur du fils aîné, toutes les fois que le *de cujus* n'aurait pas exprimé une volonté contraire. Le projet proposait, en même temps, d'agrandir le cercle des substitutions autorisées par le Code Napoléon.

La première partie de ce projet, qui blessait ce principe d'égalité, aujourd'hui si profond dans nos mœurs françaises, a été complétement rejetée.

La seconde partie, qui avait été admise et qui formait la loi du 17 mai 1826, a été elle-même abrogée depuis par la loi du 11 mai 1849 (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. I, nos 64 et suiv.).

Nous ne parlons pas des majorats, dont l'institution appartient plus encore au droit public qu'au droit privé, et qui étaient en effet régis non point par la loi générale des successions, mais par des lois particulières (comp. art. 896, Code Napoléon ; sénatus-cons. du 14 août 1806, art. 5 ; décret du 1er mars 1808, art. 35).

Au reste, nous avons déjà dit que la faculté de créer des majorats a été également supprimée par les lois du 12 mai 1835 et du 7 mai 1849 (*supra*, n° 438).

445. — En ce qui concerne la vocation héréditaire des descendants et le mode de partage de la succession qui leur est dévolue, rien de plus simple.

C'est la proximité du degré qui décide de la vocation héréditaire ; la proximité *réelle* ou *fictive*, suivant qu'ils occupent eux-mêmes le degré le plus proche, ou qu'ils l'occupent par représentation.

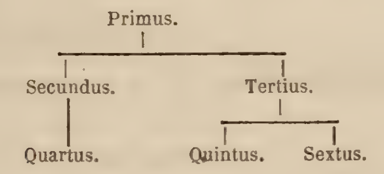
En conséquence, viennent-ils tous de leur chef ? le partage a lieu par tête.

Viennent-ils tous ou en partie, par représentation ? le partage a lieu par souche.

L'article 745 semblerait toutefois jeter sur notre première proposition, quelque doute, en disant que les descendants succèdent par égales portions et par tête, *quand ils sont tous au premier degré et appelés de leur chef.*

Il résulterait, en effet, de cette formule, prise à la lettre, qu'il ne suffirait pas, pour que le partage eût lieu par tête, que tous les descendants fussent appelés *de leur chef,* mais qu'il serait nécessaire, en outre, qu'ils fussent tous aussi *au premier degré.*

Mais il ne faut pas s'arrêter à ce premier aperçu :



Primus, meurt ; *Secundus* et *Tertius,* qui survivent à leur père, renoncent ou sont déclarés indignes.

La succession sera-t-elle partagée par souche, c'est-à-dire par moitié entre Quartus d'une part, et Quintus et Sextus d'autre part ; ou bien, au contraire, par tête et, en conséquence, par tiers, entre les trois petits-fils du défunt ?

Eh bien ! il est certain que le partage doit avoir lieu par tiers :

1° Parce que l'article 745 déclare positivement que le partage a lieu par souche, *lorsque les enfants viennent tous ou en partie, par représentation*, et qu'il n'y en a aucun qui puisse invoquer ici la représentation ;

2° Parce que l'article 787 déclare, d'une façon plus explicite encore, que si tous les héritiers au premier de-

gré renoncent, *les enfants viennent de leur chef et succèdent par tête ;*

3° Parce que dès lors ces mots du second alinéa de l'article 745, *quand ils sont tous au premier degré*, doivent évidemment être entendus, comme synonymes de ceux-ci : *quand ils sont tous au degré le plus proche*, au degré *le premier*, en ce sens que c'est à ce degré que la succession se trouve dévolue ;

4° Parce que enfin le partage par souche, en cas pareil, ne serait autre chose que l'ancienne représentation *à l'effet de partager*, que notre Code ne reconnaît plus (comp. *supra*, n° 436 ; Demante, t. III, n° 52 *bis*, IV ; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. III, n° 475 ; Marcadé, art. 745, n° 2 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 196).

SECTIONS IV ET V.

DES SUCCESSIONS DÉFÉRÉES AUX ASCENDANTS ET DES SUCCESSIONS COLLATÉRALES.

SOMMAIRE.

446. — Exposition.
447. — Suite.
448. — Division.

446. — Nous croyons devoir réunir les sections IV et V de notre chapitre III, parce qu'il est difficile de traiter séparément de la vocation héréditaire des ascendants et de celle des collatéraux.

Il y a, en effet, dans l'ordre des collatéraux, certains parents privilégiés, les frères et sœurs du défunt, ou leurs descendants, qui concourent avec les père et mère et qui excluent les ascendants d'un degré supérieur ; de telle sorte que ces deux ordres de parents, les ascendants et les collatéraux, se trouvent ainsi dans certains cas, en présence l'un de l'autre. Aussi est-il arrivé à notre Code, pour avoir voulu en traiter d'une manière tout à fait distincte, de reproduire, dans la section V, presque

littéralement les mêmes dispositions qu'il venait déjà de décréter dans la section IV (comp. art. 748, 749 et 750, 751).

447. — D'un autre côté, il existe, au profit de certains ascendants donateurs, une succession toute spéciale aux choses par eux données à leurs enfants ou descendants décédés sans postérité (art. 747) ; et l'importance de cette espèce de succession nous paraît mériter que l'on s'en occupe séparément, après avoir exposé d'abord le tableau complet des vocations héréditaires d'après le droit commun ; exposition, dans laquelle l'incident de la succession de l'ascendant donateur pourrait jeter quelque désordre.

448. — En conséquence, et afin de suivre, dans les sections IV et V, la division qui nous paraît la plus convenable, nous examinerons :

1° Les successions déférées aux frères et sœurs et à leurs descendants, soit que le défunt ait laissé ses père et mère, soit qu'il ne les ait pas laissés ;

2° Les successions déférées aux ascendants ;

3° Les successions déférées aux collatéraux autres que les frères et sœurs et leurs descendants ;

4° La succession des ascendants donateurs aux choses par eux données à leurs enfants ou descendants.

ARTICLE I.

DES SUCCESSIONS DÉFÉRÉES AUX FRÈRES ET SŒURS OU A LEURS DESCENDANTS, SOIT QUE LE DÉFUNT AIT LAISSÉ SES PÈRE ET MÈRE, SOIT QU'IL NE LES AIT PAS LAISSÉS.

SOMMAIRE.

449. — Il faut distinguer deux hypothèses :

450. — A. La première hypothèse est celle où le père et la mère du défunt, ou bien l'un des deux, lui ont survécu.

451. — Suite. — Les père et mère sont appelés non pas collectivement à la moitié de la succession totale, mais chacun séparément pour un quart. — Conséquences.

452. — Les descendants de frères et sœurs ont-ils besoin du secours de la représentation pour concourir avec les père et mère?

453. — Le droit accordé aux frères et sœurs ou à leurs descendants,

449. — Pour savoir comment les frères et sœurs ou leurs descendants, sont appelés à succéder, il faut distinguer deux hypothèses :

A. Celle où le père et la mère du défunt, ou bien l'un des deux, lui ont survécu ;

B. Celle où ses père et mère sont prédécédés.

450. — A. Trois articles règlent la première hypothèse :

Article 748 : « Lorsque les père et mère d'une personne « morte sans postérité lui ont survécu, si elle a laissé des « frères, sœurs, ou descendants d'eux, la succession se « divise en deux portions égales, dont moitié seulement « est déférée au père et à la mère, qui la partagent entre « eux également.

« L'autre moitié appartient aux frères, sœurs ou des- « cendants d'eux, ainsi qu'il sera expliqué dans la sec- « tion v du présent chapitre. »

Article 749 : « Dans le cas où la personne morte sans « postérité, laisse des frères, des sœurs, ou descendants « d'eux, si le père ou la mère est prédécédé, la portion « qui lui aurait été dévolue conformément au précédent « article, se réunit à la moitié déférée aux frères, sœurs « et à leurs représentants, ainsi qu'il sera expliqué à la « section v du présent chapitre. »

Article 751 : « Si les père et mère de la personne morte « sans postérité lui ont survécu, ses frères, sœurs ou « leurs représentants ne sont appelés qu'à la moitié de

« la succession. Si le père ou la mère seulement a sur-
« vécu, ils sont appelés à recueillir les trois quarts. »

Ainsi, le père et la mère ont-ils, tous les deux, survécu? ils recueillent chacun un quart de la succession.

L'un des deux est-il prédécédé? le survivant recueille également un quart;

Sans égard, ni dans l'un ni dans l'autre cas, au nombre plus ou moins grand des frères ou sœurs ou de leurs descendants, qui recueillent toujours, quel que soit leur nombre, la moitié ou les trois quarts, ni plus ni moins, suivant qu'ils concourent avec le père et la mère, ou avec l'un d'eux seulement.

451. — Nous venons de dire que lorsque le père et la mère ont tous les deux survécu, ils recueillent chacun un quar .

Le texte de nos articles semblerait, à première vue, exprimer une idée différente. L'article 748, en effet, dispose que, dans ce cas, *la succession se divise en deux portions égales, dont la moitié.... est déférée au père et à la mère;* et l'article 751 ajoute que *les frères, sœurs ou leurs représentants, ne sont appelés qu'à la moitié de la succession.*

A s'en tenir à cette formule, on pourrait croire que la loi opère ici une sorte de *fente* de la succession en deux portions égales, dont l'une serait déférée collectivement aux père et mère, de même que l'autre est collectivement déférée aux frères et sœurs, ou à leurs descendants, quel que soit leur nombre.

D'où il résulterait :

1° Que la part du père renonçant ou indigne accroîtrait à la mère, et réciproquement;

2° Qu'il y aurait lieu de faire un premier partage de la succession totale en deux lots, dont l'un serait attribué par le sort aux père et mère, et l'autre aux frères et sœurs ou à leurs descendants; sauf ensuite, de part et d'autre, la subdivision ou la licitation de chacun des lots, soit

entre les père et mère, soit entre les frères et sœurs ou leurs descendants, comme il arrive dans un partage par souche, lorsqu'une des souches est composée de plusieurs branches (art. 743).

Mais cette doctrine serait tout à fait inexacte ; et malgré la formule, peu correcte, il est vrai, de nos articles 748 et 751, il faut bien se garder de croire qu'il y ait ici rien de semblable à la fente par laquelle l'article 733 attribue la moitié de la succession à la ligne paternelle et l'autre moitié à la ligne maternelle. Nous avons remarqué, au contraire, que l'hypothèse où nous sommes, y constitue une exception formelle (*supra*, n° 368).

La vérité est que notre Code attribue à chacun des père et mère, pour portion fixe et invariable, le quart de la succession, et non pas collectivement et en quelque sorte solidairement, la moitié à tous les deux. La preuve en est que si l'un des deux est prédécédé, l'autre ne recueille toujours que le quart (art. 749, 751).

Tenons donc pour certain :

1° Que, en cas de renonciation ou d'indignité de l'un d'eux, soit du père, soit de la mère, l'autre n'aurait encore droit qu'à un quart ; car l'héritier qui renonce, est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785). Il en est de même de l'héritier exclu comme indigne, une fois que son indignité a été prononcée. Il est, en effet, impossible que la renonciation ou l'indignité de l'un d'eux produise, au profit de l'autre, un accroissement que le prédécès n'aurait pas produit ;

2° Que les père et mère ne peuvent pas demander, pas plus que les frères et sœurs ou leurs descendants ne peuvent les forcer de subir un premier partage général de la succession totale en deux lots. Du moins, est-ce là une question indépendante du mode de leur vocation héréditaire, au point de vue où nous l'examinons ici, et qui se rattache à une thèse plus générale que nous examinerons plus bas (sur l'article 831 ; comp. Zachariæ, Aubry

et Rau, t. IV, p. 199; Demante, t. III, n° 61 *bis*, I et II; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 490).

432. — Dans tout ce qui précède, nous avons toujours placé les descendants de frères et sœurs sur la même ligne que les frères et sœurs eux-mêmes, sans distinguer s'ils pouvaient ou s'ils ne pouvaient pas invoquer le bénéfice de la représentation.

C'est que, en effet, les descendants de frères et sœurs, neveux, nièces, petits-neveux, petites-nièces, etc., du *de cujus*, sont appelés en leur qualité même, indépendamment de la proximité du degré et par conséquent de la représentation, c'est, disons-nous, qu'ils sont appelés à exercer la double prérogative qui appartient aux frères et sœurs : 1° de concourir avec les père et mère ; 2° d'exclure les ascendants d'un degré supérieur et tous les autres collatéraux.

La preuve en résulte, soit des textes mêmes, soit des principes, dont ces textes sont l'expression :

1° L'article 748, qui appelle les descendants de frères et sœurs à concourir avec les père et mère, ne subordonne, en aucune manière, cette vocation au bénéfice de la représentation ; il emploie au contraire, et par deux fois, des termes absolus, qui ne tiennent compte que de leur qualité même de *descendants de frères et sœurs*. Il en est ainsi de la disposition première et principale de l'article 749 et de celle de l'article 750. Bien plus ! ce dernier article, après avoir déclaré que les frères, sœurs ou *leurs descendants*, sont appelés, etc., cet article 750 ajoute qu'ils *succèdent ou de leur chef ou par représentation ;* d'où il suit que, en effet, les descendants de frères et sœurs peuvent, en succédant *de leur chef*, concourir avec les père et mère (ou exclure, comme nous le verrons aussi, tous les autres ascendants et collatéraux).

Il est vrai que les mots *représentation*, *représentants*, se trouvent dans la disposition finale de l'article 750 et dans l'article 751.

Mais ce serait là tout au plus une impropriété ; car il est manifeste que ce mot n'est pas ici employé dans son acception technique et spéciale, et qu'il y est au contraire, synonyme de ces mots : *descendants de frères et sœurs.*

2° En effet, ce n'est pas, bien entendu, en vertu de la proximité du degré, que les frères et sœurs eux-mêmes concourent avec les père et mère ; car les frères et sœurs sont à deux degrés, tandis que le père et la mère ne sont qu'à un degré ; la même observation s'applique à l'exclusion des aïeuls et aïeules par les frères et sœurs, qui sont pourtant, les uns et les autres, au même degré, et qui devraient concourir, si on suivait la règle de la proximité des degrés ;

Or, la prérogative des descendants de frères et sœurs est, comme la prérogative des frères et sœurs eux-mêmes, fondée sur leur qualité de descendants de frères et sœurs, de neveux ou de nièces, indépendante, pour eux, comme pour les frères et sœurs, de la proximité du degré ;

Donc, elle doit être aussi nécessairement indépendante de la représentation, qui n'est qu'une exception à la règle que le plus proche exclut le plus éloigné ; car il est clair qu'il n'y a pas lieu à une exception dans le cas où la règle elle-même n'existe pas.

3° C'est que les neveux et nièces, etc., forment, en quelque sorte, comme disait Delvincourt, la *descendance collatérale* de leurs oncles et tantes, *referunt speciem liberorum* (t. II, p. 18, note 2) ; et de la même manière que les descendants du défunt, lors même qu'ils ne peuvent pas s'aider du secours de la représentation, excluent tous les autres héritiers, de même le législateur a voulu que les neveux, petits-neveux, etc., vinssent, à ce titre, indépendamment de la représentation, à la succession de leurs oncles ou tantes, en concours avec les père et mère et à l'exclusion de tous autres. Il est même possible que les rédacteurs aient voulu, par ce mot : *représentants* dans les articles 749 et 751, exprimer cette idée que les des-

cendants des frères et sœurs *représentent* toujours, en effet, les frères et sœurs eux-mêmes, dont ils sont issus et avec lesquels cette communauté d'origine les confond et les identifie. Aussi, le mot *représentants* n'est-il employé dans ces deux articles, que par relation au mot *descendants de frères et sœurs*, qui les précèdent soit dans le même article (749), soit dans l'article précédent (art 750, 751). Peut-être aussi pourrait-on dire, avec assez de vraisemblance, que les rédacteurs n'ont eu, en employant ce mot de *représentants*, d'autre intention que d'éviter une redite et de varier un peu le style.

Quoi qu'il en soit, c'est un point généralement reconnu que les descendants des frères et sœurs peuvent concourir avec les père et mère, indépendamment du bénéfice de la représentation, et lors même que les frères et sœurs vivants seraient renonçants ou indignes (comp. Toullier, t. II, n°s 217, 218 et 222; Duranton, t. VI, n° 195, note 2, et n°s 248-250-252, note 1; Demante, t. III, n° 66 *bis;* Chabot et Belost-Jolimont, art. 742, observ. 1 et 2, et art. 750, n°s 5 et 6; Malpel, n°s 144, 145; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 265).

453. — Il importe de rappeler que le droit, qui est ici accordé aux frères et sœurs et à leurs descendants, de concourir avec les père et mère, forme une exception au principe de la division en deux lignes de toute succession échue à des ascendants ou à des collatéraux; car ce droit appartient aux frères et sœurs, neveux et nièces, lors même qu'ils ne seraient que d'un seul côté (art. 733, 752).

De telle sorte qu'il peut arriver :

Ou que la succession se trouve divisée inégalement entre la ligne paternelle et maternelle;

Ou même qu'elle soit dévolue tout entière à l'une des lignes, à l'exclusion de l'autre ligne.

Soit, par exemple, un frère consanguin et la mère; la ligne paternelle aura les trois quarts, et la ligne maternelle le quart seulement.

Et si, au lieu de la mère, on suppose que c'est le père seul qui a survécu, la succession sera partagée, à l'exclusion de la ligne maternelle, entre le frère consanguin et le père; ce qui met alors complétement en échec l'ancienne maxime : *paterna paternis*, *materna maternis*, puisque tous les biens qui étaient provenus au défunt de ses parents maternels, pourront passer à ses parents paternels, et réciproquement.

454. — B. Supposons maintenant que les père et mère du *de cujus* sont tous les deux prédécédés.

Voici comment est réglée, pour cette seconde hypothèse, la vocation héréditaire des frères et sœurs ou de leurs descendants :

Article 750 : « En cas de prédécès des père et mère « d'une personne morte sans postérité, ses frères, sœurs « ou leurs descendants sont appelés à la succession, à « l'exclusion des ascendants et des autres collatéraux.

« Ils succèdent, ou de leur chef, ou par représentation, « ainsi qu'il a été réglé dans la section II du présent « chapitre. »

Ainsi, les frères et sœurs, ou leurs descendants, forment, comme nous l'avons dit plusieurs fois, un ordre privilégié de collatéraux, qui, non-seulement concourt avec les père et mère, mais qui, à leur défaut, c'est-à-dire en cas de prédécès, et évidemment aussi en cas de renonciation ou d'indignité des père et mère (*supra*, n° 451), excluent tous les autres collatéraux (ajout. art. 746 et 753).

455. — On a prétendu que ce droit d'exclure tous les ascendants, autres que les père et mère, et tous les collatéraux de l'une et de l'autre ligne, n'appartenait pas aux frères et sœurs d'un seul côté, soit utérins, soit consanguins.

Aux termes de l'article 733, a-t-on dit, toute succession échue à des ascendants ou à des collatéraux se divise par moitié entre la ligne paternelle et la ligne maternelle;

et les parents utérins ou consanguins ne prennent part que dans leur ligne, *sauf*, ajoute cet article, *ce qui sera dit à l'article* 752;

Or, l'article 752 ne fait exclure les autres ascendants et les collatéraux de l'autre ligne par les frères et sœurs d'un seul côté, que dans l'hypothèse où ils se trouvent en concours avec les père et mère ;

Donc, en dehors de cette exception, la règle de l'article 733 doit reprendre son empire; et les frères et sœurs d'un seul côté ne doivent, en conséquence, prendre part que dans leur ligne, lorsqu'ils se trouvent en concours avec d'autres ascendants ou avec des collatéraux.

Mais il est facile de prouver que cette déduction est manifestement contraire, soit au texte même de la loi, soit à son système général :

1° La disposition finale de l'article 752 déclare que s'il n'y a de frères ou de sœurs que d'un seul côté, ils succèdent *à la totalité,* à l'exclusion de tous autres parents de l'autre ligne;

Or, ils ne pourraient pas succéder *à la totalité,* si on les supposait en concours avec le père ou la mère, puisque ceux-ci auraient la moitié ou le quart;

Donc, la disposition finale de l'article 752 suppose, au contraire, que les père et mère sont prédécédés. Donc, cette seconde partie de l'article 752 prévoit une hypothèse nouvelle, distincte de l'hypothèse qui est prévue dans la première partie.

2° La disposition finale de l'article 752 serait, en outre, d'après l'interprétation que nous combattons, d'une complète inutilité.

En effet, dans sa première disposition, l'article 752 prévoit le concours des père et mère avec les frères et sœurs d'un seul côté; et il règle la manière dont se fera le partage de la moitié ou des trois quarts qui leur seront dévolus; *les utérins ou consanguins* prennent part *chacun dans leur ligne seulement;*

Or, si la seconde partie de l'article se référait aussi à l'hypothèse du concours des frères et sœurs utérins ou consanguins avec les père et mère, elle ferait double emploi avec la première partie, et n'y ajouterait absolument rien;

Donc, on ne saurait admettre une telle interprétation.

3° Ajoutons, enfin, que le législateur qui appelait les frères et sœurs utérins ou consanguins à concourir aussi bien que les frères et sœurs germains, avec les père et mère, devait aussi, dans son système, et sous peine d'inconséquence, les appeler à l'exclusion des autres ascendants et de tous les collatéraux de l'autre ligne. En effet, le frère consanguin, par exemple, en concours avec la mère, n'aurait dû avoir que la moitié, si on avait appliqué la division entre les deux lignes, telle que l'a décrétée l'article 733; or, il a les trois quarts; donc, cette division n'est pas alors applicable; et, par la même raison qu'il a les trois quarts contre la mère, il doit avoir la totalité contre l'aïeul ou contre tout autre collatéral. Aussi, les articles 746 et 753 supposent-ils, sans aucune distinction, que les *frères et sœurs* ou leurs *descendants* passent avant les ascendants autres que les père et mère et les collatéraux de l'autre ligne (comp. Gand, 14 ventôse an XII, Starse, Sirey, 1804, II, 146; Bruxelles, 28 thermidor an XII, de Staerke, Sirey, 1805, II, 20; Nancy, 8 frimaire an XIII, Quizin, Sirey, 1805, II, 39; Bruxelles, 18 mai 1807, Borremars, Sirey, 1807, II, 300; Cass., 27 déc. 1809, Blanwart, Sirey, 1810, I, 102; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Success.*, § 14; Toullier, t. II, n° 221; Duranton, t. VI, n° 251; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 188; Demante, t. III, n° 67 *bis*, I; Malpel, n° 140; Poujol, sur l'article 750, n° 36; D., *Rec. alph.*, v° *Succession*, p. 305, 306).

456. — Et encore bien que la disposition finale de l'article 752 ne parle que des frères et sœurs, sans mentionner *leurs descendants*, il ne faut pas hésiter à dire

que les neveux et nièces, etc., succèdent aussi en cette qualité, et indépendamment du bénéfice de la représentation, à l'exclusion de tous autres parents de l'autre ligne.

Telle est l'économie générale et essentielle de notre Code en cette matière (comp. art. 748, 749, et *supra*, n° 452); et il n'y a pas plus à argumenter de ce que les mots, *descendants de frères et sœurs*, ont été omis dans la seconde partie de l'article 752, pour leur en refuser l'application, qu'il n'y aurait à argumenter de cette omission dans la première partie, où il n'est aussi question que des frères et sœurs, pour prétendre (chose impossible!) que le partage de la moitié ou des trois quarts dévolus aux descendants des frères et des sœurs ne se ferait pas de la même manière que s'il avait été dévolu aux frères et sœurs eux-mêmes (comp. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. III, n° 492).

457. — Mais si le principe de la division de la succession entre les deux lignes est inapplicable dans les rapports des frères, sœurs et descendants d'eux, soit vis-à-vis des père et mère, contre lesquels ils recueillent la moitié ou les trois quarts, soit vis-à-vis des autres ascendants et des collatéraux de l'autre ligne, qu'ils excluent entièrement, ce principe, au contraire, reprend tout son empire, lorsqu'il s'agit de partager, entre les frères et sœurs ou leurs descendants, soit la portion de la succession, la moitié ou les trois quarts, soit la succession totale à laquelle ils sont appelés.

Et voici, en effet, comment s'exprime, à cet égard, l'article 752 :

« Le partage de la moitié ou des trois quarts dévolus « aux frères ou sœurs, d'après l'article précédent, s'opère « entre eux par égales portions, s'ils sont tous du même « lit; s'ils sont de lits différents, la division se fait par « moitié entre les deux lignes paternelle et maternelle du « défunt; les germains prennent part dans les deux

« lignes, et les utérins et consanguins chacun dans leur « ligne seulement. S'il n'y a de frères et sœurs que d'un « côté, ils succèdent à la totalité, à l'exclusion de tous « autres parents de l'autre ligne. »

La division entre les deux lignes de la succession, dévolue en tout ou en partie à des frères et sœurs ou descendants d'eux, cette division n'est qu'une conséquence toute simple de l'article 733; et nous n'aurions pas dû hésiter à l'appliquer de tout point ici, avec le privilége, par conséquent, pour les frères germains de prendre part dans les deux lignes, lors même que l'article 752 ne l'aurait pas spécialement rappelée; mais sans doute parce qu'il venait, dans les articles précédents, de s'écarter de ce principe, le législateur aura voulu, afin de prévenir toute espèce d'incertitude, déclarer formellement que l'exception qu'il venait d'y apporter, ne concernait nullement les rapports des frères et sœurs ou de leurs descendants les uns à l'égard des autres.

458. — Nous disons des frères et sœurs ou *de leurs descendants;* le principe de la division entre les deux lignes s'applique, en effet, aux uns comme aux autres.

Et de là cette conséquence que les descendants d'un frère ou d'une sœur d'un seul côté, lors même qu'ils ne pourraient pas invoquer le bénéfice de la représentation, ne seraient pas exclus par un frère ou une sœur qui ne tiendrait au défunt que de l'autre côté; il importerait fort peu que les neveux et nièces consanguins, par exemple, fussent alors d'un degré plus éloigné que le frère ou la sœur utérins; car nous savons que la proximité de degré n'est à considérer qu'entre parents appartenant à la même ligne (*supra*, n° 367).

ARTICLE II.

DES SUCCESSIONS DÉFÉRÉES AUX ASCENDANTS.

SOMMAIRE.

459. — Dans quels cas l'ordre des ascendants est appelé.
460. — Toute succession échue à des ascendants se divise entre les deux lignes. — Application de cette règle.
461. — De l'ordre de succéder entre les ascendants, les uns à l'égard des autres.

459. — L'article 746 règle en ces termes les successions déférées aux ascendants :

« Si le défunt n'a laissé ni postérité, ni frère, ni sœur, « ni descendants d'eux, la succession se divise par moitié « entre les ascendants de la ligne paternelle et les as- « cendants de la ligne maternelle.

« L'ascendant qui se trouve au degré le plus proche « recueille la moitié affectée à sa ligne, à l'exclusion de « tous autres.

« Les ascendants au même degré succèdent par tête. »

Nous avons déjà dit que les descendants, qui sont, bien entendu, toujours exclus par les descendants, ne sont même appelés qu'autant qu'il n'y ait ni frère, ni sœur, ni descendants d'eux, à l'exception toutefois des père et mère, qui concourent avec les frères et sœurs ou leurs descendants (*supra*, n° 450).

Notre article 746 suppose ici que le défunt *n'a laissé ni postérité, ni frère, ni sœur, ni descendants d'eux*, c'est-à-dire qu'il s'occupe des successions déférées en troisième ordre aux ascendants, y compris les père et mère, à l'exclusion de tous les collatéraux ordinaires, c'est-à-dire de ceux qui forment le quatrième ordre (*infra*, n° 462).

460. — Aux termes de l'article 733, toute succession échue à des ascendants ou à des collatéraux, se divise entre la ligne paternelle et la ligne maternelle.

Rien de plus simple dès lors que la disposition de notre

article 746, d'après lequel « la succession se divise par moitié entre les ascendants de la ligne paternelle et les ascendants de la ligne maternelle. »

L'article se place, comme on le voit, dans l'hypothèse où il existe des ascendants dans l'une et dans l'autre ligne.

S'il y avait dans une ligne seulement des ascendants, et dans l'autre ligne des collatéraux (ordinaires bien entendu, c'est-à-dire autres que les frères et sœurs ou descendants d'eux), la succession se partagerait encore par moitié entre les deux lignes; et elle serait dévolue séparément aux ascendants dans leur ligne et aux collatéraux dans l'autre (art. 753; *infra*, nos 453, 454).

461. — De la double règle que nous avons aussi posée plus haut, savoir :

D'une part, que toute succession échue à des ascendants se divise par moitié entre la ligne paternelle et la ligne maternelle (art. 733, 734);

Et d'autre part, que la représentation n'a pas lieu en faveur des ascendants (art. 741);

Résultent naturellement, comme conséquences, les deux dispositions finales par lesquelles l'article 746 règle l'ordre de succéder entre les ascendants, les uns à l'égard des autres :

1° L'ascendant qui se trouve au degré le plus proche recueille la moitié affectée à sa ligne, à l'exclusion de tous autres; c'est ainsi, par exemple, que l'aïeul paternel exclura les bisaïeuls, père et mère de sa femme prédécédée.

2° Les ascendants au même degré succèdent par tête; c'est ainsi que la succession étant dévolue à trois bisaïeuls de la même ligne, dont l'un serait, par exemple, le père de l'aïeul, et dont les deux autres seraient les père et mère de l'aïeule, le partage de la moitié afférente à cette ligne devrait avoir lieu par tiers.

Ces deux conséquences ont été déjà expliquées (*supra*,

nos 422-424) ; et nous aurions dû nécessairement les déduire des principes déjà établis par le législateur, lors même qu'il n'aurait pas pris soin de les formuler spécialement dans l'article 746.

ARTICLE III.

DES SUCCESSIONS DÉFÉRÉES AUX COLLATÉRAUX AUTRES QUE LES FRÈRES ET SŒURS DU DÉFUNT OU DESCENDANTS DE FRÈRE ET SŒUR.

SOMMAIRE.

462. — Voici en quels termes l'article 753 appelle cette quatrième et dernière classe d'héritiers :

« A défaut de frères ou de sœurs, ou de descendants « d'eux, et à defaut d'ascendants dans l'une ou l'autre ligne, « la succession est déférée pour moitié, aux ascendants « survivants; et pour l'autre moitié, aux parents les plus « proches de l'autre ligne.

« S'il y a concours de parents collatéraux au même « degré, ils partagent par tête. »

Cette disposition n'est encore qu'une conséquence toute simple du principe fondamental posé dans l'article 733, de la division par moitié entre les lignes paternelle et maternelle de toute succession échue à des ascendants ou à des collatéraux.

De deux choses l'une :

Ou il existe des ascendants dans une ligne, et des collatéraux dans l'autre ligne ;

Ou il n'y a, dans l'une et dans l'autre ligne, que des parents collatéraux.

463. — Dans le premier cas, la moitié afférente à la ligne dans laquelle se trouvent des ascendants est recueillie par les ascendants ; et la moitié afférente à l'autre ligne est recueillie par les collatéraux qui s'y trouvent.

Ces collatéraux qui sont, comme nous l'avons vu, toujours et complétement exclus, non-seulement par les descendants (art. 745), mais encore par les frères et sœurs ou descendants d'eux (art. 752), ces collatéraux, disons-nous, ne sont, au contraire, exclus par les ascendants que dans chaque ligne ; de telle sorte que les collatéraux, même les plus éloignés, lorsqu'ils appartiennent à une ligne dans laquelle il n'y a point d'ascendants, recueillent la moitié afférente à leur ligne, l'autre moitié seulement étant alors dévolue aux ascendants qui se trouvent dans l'autre ligne.

464. — La proposition qui précède est applicable à tous les ascendants ; il ne faut pas même en excepter le père ni la mère ; chacun d'eux n'exclut aussi que dans sa ligne les collatéraux ordinaires.

Toutefois, et pour cette dernière hypothèse, l'article 754 ajoute une disposition ainsi conçue :

« Dans le cas de l'article précédent, le père ou la mère « survivant a l'usufruit du tiers auquel il ne succède pas « en propriété. »

Nous avons déjà dit (*supra*, n° 380) que le législateur avait voulu répondre ainsi à l'une des critiques des adversaires du système de la fente, qui précisément objectaient qu'il pourrait en résulter que des collatéraux éloignés, et peut-être même inconnus du défunt, seraient appelés à partager la succession par moitié avec le père ou la mère. C'est pour cette hypothèse que l'article 754 attribue au

père ou à la mère survivants, en outre de la moitié afférente à sa ligne, l'usufruit du tiers de l'autre moitié afférente à l'autre ligne.

465. — On a remarqué :

1° Que cet usufruit n'est conféré qu'au père ou à la mère survivant, et non point aux autres ascendants ;

2° Qu'il n'est conféré au père ou à la mère survivant lui-même que lorsqu'il se trouve dans l'autre ligne des collatéraux, et non point lorsqu'il s'y trouve d'autres ascendants (comp. Duranton, t. VI, n° 257 ; Chabot, t. I, art. 754, n° 5).

Ces deux propositions sont incontestables ; car elles résultent formellement du texte même des articles 753 et 754.

466. — Cet article 754 nous fournit l'exemple d'un véritable droit d'usufruit établi par la loi, et auquel il faut appliquer toutes les règles qui gouvernent cette espèce de droit (*voy.* notre t. X, n°s 233 et 488).

466 *bis.* — Dans le second cas que nous avons supposé (*supra,* n° 462), c'est-à-dire lorsqu'il n'y a, dans l'une et dans l'autre ligne, que des parents collatéraux, la succession se divise encore par moitié ; les collatéraux de chaque ligne recueillent la portion afférente à la ligne à laquelle ils appartiennent.

Les germains prennent part dans les deux lignes ; les utérins ou consanguins dans leur ligne seulement (art. 733).

Toullier a écrit que « le double lien ne peut influer sur la manière de succéder qu'au degré de frère, de sœur ou de descendants d'eux (t. II, n° 204). »

Mais nous avons déjà répondu que cette doctrine est contraire aux termes absolus de l'article 733, et que tous les parents collatéraux, même ceux de la quatrième classe, dont nous nous occupons ici, devaient être admis à invoquer le privilége que l'article 733 accorde au double lien (comp. *supra,* n° 371 ; et Duvergier sur Toul-

lier, *loc. supra cit.*; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 269).

467. — Quant à la manière dont les collatéraux de cette quatrième classe succèdent entre eux, dans chaque ligne, rien n'est plus simple au point où nous en sommes.

Nous savons, en effet, que la règle générale est que, entre parents appartenant au même ordre, c'est la proximité du degré qui décide de la préférence ; d'où résulte, entre parents placés au même degré, le concours et le partage par tête.

Cette règle peut être, il est vrai, modifiée par la représentation.

Mais la représentation n'étant pas admise en faveur des collatéraux ordinaires dont nous nous occupons ici, c'est-à-dire autres que les enfants et descendants de frères et sœurs du défunt (art. 742), on demeure, en ce qui les concerne, sous l'empire de la règle d'après laquelle :

1° Le plus proche exclut le plus éloigné ;

2° S'il y a concours de parents collatéraux au même degré, ils partagent par tête (art. 753).

468. — Enfin, l'article 755 termine et complète en ces termes tout ce qui concerne les successions collatérales :

« Les parents au delà du douzième degré ne succèdent « pas.

« A défaut de parents au degré successible dans une « ligne, les parents de l'autre ligne succèdent pour le « tout. »

Cette dernière disposition nous était déjà acquise ; nous avons vu, en effet, que d'après l'article 733, *la dévolution* de toute la succession se fait à l'une des lignes, lorsqu'il n'y a point de parents au degré successible dans l'autre ligne (*supra*, n° 373).

Et il n'est pas douteux que cette dévolution s'opère

également, lorsque tous les parents qui se trouvaient au degré successible dans une ligne, sont renonçants ou exclus comme indignes (art. 785; comp. Duranton, t. VI, n° 260).

469. — Le législateur n'avait pas à limiter le droit de succéder en ligne directe ; comme il est nécessaire, pour succéder, d'avoir été conçu à l'instant de l'ouverture de la succession (art. 725), il est bien impossible que les successions déférées aux descendants du défunt s'étendent à des degrés bien éloignés; et elles ne sauraient jamais évidemment arriver jusqu'au douzième !

La même observation s'applique également aux descendants des frères et sœurs du défunt.

Mais il en était tout différemment à l'égard des autres parents de la ligne collatérale; car les successions qui leur sont déférées ne rencontrent, dans la nature même des choses, aucune limite nécessaire.

Le droit romain avait marqué cette limite au sixième degré, *ad sextum gradum cognat.*, sauf une seule exception, *et ex septimo a sobrino*, *sobrinaque nati natæve* (Inst., § 5, *de grad. cognat.;* ajout. § 3, *de success. libert.*).

Mais *cela*, disait Lebrun, *n'est point de notre jurisprudence française; en sorte qu'un parent au millième degré, s'il se pouvait trouver tel, exclurait et le droit de déshérence et le droit de confiscation* (liv. I, chap. VI, sect, IV, n° 5); et il paraît bien, en effet, que sous notre ancien droit, tous les parents, sans aucune limite de degré, étaient admis à succéder.

Le Code de Bavière dispose encore aujourd'hui que la successibilité n'est limitée à aucun degré (chap. XII, des collatéraux, n° 8).

Le législateur de notre Code, en bornant au douzième degré la successibilité, a été déterminé surtout par deux considérations, dont la force et la sagesse nous paraissent incontestables :

C'est d'une part que « les relations de famille sont effa-

cées dans un si grand éloignement...; et qu'après douzième degré, on est si éloigné de la souche commune, et les sentiments de famille et d'affection sont si usés, que la plupart du temps on ne se connaît pas, et que l'on n'a respectivement pas plus de droits que les autres hommes. »

C'est aussi, d'autre part, que des successions dévolues à de telles distances deviendraient presque toujours une source de procès et de difficultés inextricables (comp. l'*Exposé des motifs*, par M. Treilhard, et le discours de M. Siméon devant le Corps législatif, les 19 et 28 germinal an XI; Fenet, t. XII, p. 149 et 229).

ARTICLE IV.

DE LA SUCCESSION DES ASCENDANTS DONATEURS AUX CHOSES PAR EUX DONNÉES A LEURS ENFANTS OU DESCENDANTS.

SOMMAIRE.

470. — Exposition.
471. — Du droit commun, en ce qui concerne l'effet translatif de propriété de la donation entre-vifs. — Du retour conventionnel.
472. — L'ascendant qui fait une donation entre-vifs à son enfant, peut, comme tout autre donateur, stipuler le retour conventionnel. — Observations à cet égard.
473. — Du retour légal ou successoral. — Des motifs pour lesquels il a été introduit.
474. — De l'origine du retour légal chez les Romains.
475. — Du retour légal dans notre ancien droit français.
476. — Suite. — Des provinces de droit écrit.
477. — Suite. — Des provinces coutumières.
478. — Suite. — De la législation intermédiaire.
479. — Division.

470. — Il nous reste à exposer la succession particulière des ascendants aux choses par eux données à leurs enfants ou descendants.

Sujet important, qui mérite des développements d'une certaine étendue, et que par ce motif, nous avons voulu traiter à part, afin de ne pas interrompre, par cet incident, l'exposition du système général des successions ordinaires.

L'article 747 est ainsi conçu :

« Les ascendants succèdent, à l'exclusion de tous « autres, aux choses par eux données à leurs enfants ou « descendants décédés sans postérité, lorsque les objets « donnés se retrouvent en nature dans la succession.

« Si les objets ont été aliénés, les ascendants recueil-« lent le prix qui peut en être dû ; ils succèdent aussi à « l'action en reprise que pouvait avoir le donataire. »

Tel est l'unique article qui forme le siége de cette matière ; il faut y ajouter toutefois les articles 351, 352 et 766, qui établissent aussi, en matière d'adoption et de succession irrégulière, dans les cas qu'ils prévoient, une espèce de succession tout à fait semblable à celle-ci ; et nous aurons même plus d'une fois à compléter, les uns par les autres, ces différents textes, qui sont tous également l'expression d'un seul et même système (*voy.* notre t. VI, n°s 172 et suivants.)

471. — Régulièrement, la donation entre-vifs transfère au donataire la propriété définitive et incommutable de la chose donnée (art. 894); de telle sorte que lors même qu'il vient à mourir avec ou sans postérité, avant le donateur, cette chose est transmise, comme tous ses autres biens, à ses héritiers ordinaires, quels qu'ils soient.

Le donateur peut prévenir ce résultat, en stipulant *le droit de retour des objets donnés, soit pour le cas de prédécès du donataire seul, soit pour le cas de prédécès du donataire et de ses descendants* (art. 951) ; c'est le retour dit *conventionnel.* Et alors cette stipulation affecte la donation d'une véritable condition résolutoire, dont l'effet, lorsqu'elle s'accomplit, est *de résoudre toutes les aliénations des biens donnés et de faire revenir ces biens au donateur francs et quittes de toutes charges et hypothèques,* sauf une exception en faveur de la dot et des conventions matrimoniales (art. 952).

Tel est le droit commun.

472. — Les ascendants, qui font des donations entre-vifs à leurs enfants ou descendants, peuvent certainement aussi stipuler le droit de retour pour le cas de prédécès du donataire avec ou sans postérité.

Et lorsque cette clause a été insérée dans l'acte, elle produit, en faveur de l'ascendant, tous les effets qui lui appartiennent d'après la règle générale, et qu'elle produirait en faveur de tout autre donateur (*supra*, n° 471 ; Domat, *Lois civ.*, liv. II, tit. II, sec. III, n° 5).

Il importe toutefois, à cet égard, de s'exprimer nettement et sans équivoque, de manière que la clause ne semble pas se référer seulement au retour légal, que l'article 747 attribue à l'ascendant donateur, et qu'elle stipule, au contraire, un vrai retour conventionnel, dans les termes de l'article 951 (comp. Cass., 7 août 1839, Thorte, Dev., 1839, 1, 572 ; Lebrun, *des Success.*, liv. I, chap. V, sec. II, n° 12).

Ajoutons que la déclaration que la donation est faite à titre d'avancement d'hoirie, n'équivaut nullement à la stipulation d'un droit de retour, en cas de prédécès du donataire avant l'ouverture de la succession (comp. Grenoble, 8 avril 1829, Clément, D., 1830, II, 264 ; *voy.* toutefois Montpellier, 11 jan. 1833, Deltour, D., 1833, II, 172).

473. — Mais cette stipulation de la part d'un ascendant a quelque chose de triste et de néfaste, *mali ominis ;* elle suppose une interversion de l'ordre ordinaire de la nature ; et il se pourra souvent que l'ascendant n'ait pas le courage de cette prévoyance douloureuse.

D'un autre côté, la stipulation du droit de retour, par cela même qu'elle affecte le droit du donataire d'une condition résolutoire, diminue et amoindrit singulièrement le bienfait ; le donataire auquel on l'a imposée, n'est plus un incommutable propriétaire, qui puisse solidement aliéner ou hypothéquer ; et le bien perd ainsi, dans ses mains, vis-à-vis des tiers, une notable partie de sa valeur

et de ses avantages. Or, il se peut (et tel est presque toujours le fait), que l'ascendant veuille, au contraire, conserver à son enfant la pleine et libre propriété du bien qu'il lui donne, afin qu'il puisse exercer, en effet, sans entrave, tous les droits qui dérivent de la propriété.

Eh bien! convenait-il, en ces circonstances, d'appliquer à l'ascendant donateur le droit commun des donations, et de décider, en conséquence, que si l'enfant donataire venait à mourir avant lui sans postérité, le bien donné serait transmis, comme tous les autres biens de l'enfant, à ses héritiers ordinaires, en concours avec l'ascendant donateur, ou même à son exclusion, s'il ne se trouvait pas appelé à la succession?

Le législateur ne l'a point pensé; et il a voulu, au contraire, que le bien qui était *parti* de l'ascendant, *revînt*, *retournât* à son auteur; et de là cette appellation de *droit de réversion* et de *retour légal*, sous lequel cette espèce de succession est connue, par opposition au droit de *retour conventionnel*.

« Dos a patre *profecta*, si in matrimonio decesserit mulier filiafamilias, ad patrem *redire* debet. » (L. 4, Cod., *solut. matrim*).

Trois considérations principales ont mérité à l'ascendant cette faveur :

1° On a voulu lui épargner le déplaisir, au moment même où il était frappé dans ses plus chères affections par la perte prématurée de son enfant, de voir, en outre, passer dans d'autres mains le bien qu'il lui avait donné, ce bien auquel, peut-être, il attachait un prix particulier, et qu'il n'aurait pas voulu donner à d'autres : *ne et filiæ amissæ et pecunire damnum sentiret* (L. VI, ff. *de jure dot.*)·

2° Surtout, on a espéré favoriser et encourager ainsi de plus en plus, les libéralités, les constitutions de dot, les avancements d'hoirie, par les ascendants en faveur de leurs enfants ou descendants : *prospiciendum enim est ne*

hac injecta formidine, parentum erga liberos munificentia retardetur (L. 2, Cod. *de bonis quæ liber.*).

3° Enfin, on a considéré que l'ascendant n'avait fait la donation entre-vifs à son enfant qu'en vue de cet enfant lui-même et de sa postérité; et que le prédécès de l'enfant donataire sans postérité faisait en quelque sorte défaillir la cause de ces sortes de donations qui, n'étant, dans la pensée de l'ascendant donateur, que des avancements d'hoirie et des anticipations de succession, présupposent que l'enfant donataire doit lui survivre (*voy.* Lebrun, *des Success.*, liv. I, chap. v, sect. II, n° 1).

Cette dernière considération avait même paru telle dans les pays de droit écrit, qu'on en avait déduit un vrai droit de retour *résolutoire;* et quoique les pays coutumiers, mieux avisés, suivant nous, se fussent gardés de cette exagération, la vérité est qu'ils avaient aussi tenu compte de cette espèce d'*effet manqué*, auquel le prédécès de l'enfant donataire sans postérité réduit alors la donation.

474. — L'origine du droit accordé à l'ascendant donateur remonte à la législation romaine; on sait, en effet, que la dot profectice faisait retour au père ou à l'ascendant paternel qui l'avait constituée, lorsque le mariage était dissous, de son vivant, par la mort de sa fille (L. VI, ff. *de jure dot.*)

Ce retour légal, d'ailleurs, qui n'était, à Rome, dans le principe, qu'une conséquence de la puissance paternelle, et qui ne s'appliquait qu'à l'égard de la fille encore en puissance, avait été ensuite accordé même pour la dot constituée à la fille émancipée (L. 10 et 59, ff. *solut. matrim.*); de même que, restreint pendant longtemps aux constitutions de dot, il avait fini par être étendu également aux donations simples (L. 2, Cod. *de bonis quæ liber.*; Novelle 25 de l'empereur Léon).

475. — Le principe de ce retour légal était aussi autrefois observé en France, où il n'avait été toutefois reçu

qu'avec une double modification, extensive d'une part, restrictive de l'autre.

C'est ainsi qu'en même temps qu'on l'étendait à la mère et aux descendants maternels, on le restreignait au cas où l'enfant donataire prédécédé ne laissait pas de postérité; restriction conforme, disent fort bien MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, à l'esprit de notre législation moderne, qui rattache la conservation de la dot à l'intérêt des enfants (t. II, n° 477; ajout. Merlin, *Rép.*, v° *Réversion*, sect. I, § 2, art. 1, n°s 2 et 3).

Mais d'ailleurs le retour légal avait revêtu une forme et un caractère très-différents dans les diverses provinces du royaume.

476. — Dans quelques-unes des provinces de droit écrit, le retour légal était considéré, à l'égal du retour conventionnel, comme affectant d'une condition résolutoire le droit de l'enfant donataire : « ... Il est fondé, disait Furgole, sur une stipulation tacite, inhérente à la donation; et les biens donnés reviennent de plein droit, *veluti quodam jure postliminii.* » (Quest. 42, *sur l'Ordonn. de* 1731.)

C'est ainsi que, dans le ressort des parlements de Toulouse, de Grenoble et de Bordeaux, le retour était accordé au donateur, *nonobstant*, disait encore Furgole (*loco citato*), *toutes dispositions testamentaires ou entre-vifs faites par le donataire*; et de plus, les aliénations même à titre onéreux étaient résolues.

Toutefois, cet effet résolutoire du retour légal n'était pas admis partout, à beaucoup près, avec la même étendue.

Au parlement de Provence, on distinguait entre les dispositions à titre gratuit et les aliénations à titre onéreux; les premières ne faisaient pas obstacle au retour légal; mais il en était différemment des secondes.

Bien plus! dans les pays de droit écrit du ressort du parlement de Paris, l'enfant donataire pouvait aliéner irrévocablement, non-seulement à titre onéreux, mais

encore par donation entre-vifs ou à cause de mort (comp. Merlin, *Rép.*, v° *Réversion*, sect. I, § 2, art. 2; Lebrun, liv. I, chap. V, sect. II, n° 3).

477. — Dans les provinces coutumières, le retour légal avait généralement, sauf un petit nombre d'exceptions, le caractère d'un droit successif, par suite duquel l'ascendant était appelé à recueillir, comme héritier, dans la succession de l'enfant donataire, les biens par lui donnés; d'où il résultait que l'ascendant était tenu de respecter toutes les aliénations et toutes les charges qui avaient pu être consenties sur les biens par le *de cujus*, dont il devenait le successeur et le représentant.

La coutume de Paris, dans son article 313, s'expliquait sur ce point en termes fort explicites :

« Toutefois, *succèdent* (les ascendants), ès choses par « eux données à leurs enfants décédant sans enfants et « descendants d'eux. »

Et l'article 315 de la coutume d'Orléans était aussi presque littéralement conçu dans les mêmes termes (comp. Pothier, sur cet article, note 2; et *des Success.*, chap. II, sect. II, art. 3, § 2; Ferrière, sur l'article 313 de la cout. de Paris, § 3, n° 3).

478. — Quant à la législation intermédiaire, elle n'avait pas admis le retour légal au profit de l'ascendant donateur.

Telle est bien la conséquence qui résulte de l'article 74 de la loi du 17 nivôse an II :

« Les biens donnés par les ascendants à leurs des« cendants *avec stipulation de retour*, ne sont pas compris « dans les règles ci-dessus; ils ne font pas partie de la « succession du descendant, tant qu'il y a lieu au droit « de retour. » (Comp. Agen, 20 févr. 1807, Cathus, Sirey, 1807, II, 304; Cass., 30 juin 1817, Lemarchand, *D.*, *Rec. alph.*, t. XII, p. 299; Toulouse, 19 nov. 1819, Pelet, Dev. et Car., *Collect. nouv.* VI, II, 154; Merlin, *Répert.*, v° *Réversion*, sect. III, n° 1.)

479. — Telles sont les traditions historiques de cette matière.

Nous avons maintenant à voir quelle organisation a été donnée à ce droit par notre Code.

Et c'est là, il faut bien le dire, une tâche que deux causes surtout, indépendamment de la difficulté du sujet en lui-même, ont rendue chez nous particulièrement délicate.

D'une part, le laconisme de notre Code, qui n'a donné, sur une matière aussi importante, qu'un unique article (747), duquel seulement on peut en rapprocher trois autres à peu près semblables (351, 352, 766);

D'autre part, certaines expressions plus ou moins équivoques et incorrectes, que le législateur y a parfois employées.

Nous allons entreprendre d'accomplir cette tâche; et à cet effet, nous examinerons successivement les quatre points suivants :

1° Quel est aujourd'hui le caractère du droit accordé à l'ascendant donateur par l'article 747 ;

2° Dans quels cas il a lieu;

3° A quelles choses il s'applique;

4° Quels en sont les effets.

§ I.

Quel est le caractère du droit accordé à l'ascendant donateur par l'article 747?

SOMMAIRE.

480. — Le droit accordé par l'article 747 à l'ascendant donateur n'est qu'un droit successif. — Explication.
481. — Suite.
481 *bis*. — L'ascendant donateur doit-il être considéré comme un héritier légitime?
482. — Conséquences de la règle qui vient d'être posée.
483. — La succession établie par l'article 747, au profit de l'ascendant donateur, forme une succession particulière et anomale en dehors du système général de la succession ordinaire, sous le double rapport des personnes qui y sont appelées et des choses qui en sont l'objet.

480. — Nous demandons d'abord quel est le caractère du droit accordé à l'ascendant donateur par l'article 747?

Cette première question est, en effet, capitale; elle domine le sujet tout entier; et la solution qui lui sera donnée, réagira toujours d'une manière plus ou moins décisive, sur la plupart des questions particulières, en très-grand nombre, qui s'y agitent.

Eh bien donc! est-ce, à l'exemple de certains pays de droit écrit, un vrai droit de retour, c'est-à-dire une condition résolutoire, dont l'accomplissement remettrait *in præteritum,* les choses au même état que si la donation n'avait pas été faite, comme dans le cas d'un retour conventionnel?

N'est-ce pas plutôt, comme dans la plupart des pays coutumiers, un droit successif, en vertu duquel l'ascendant est appelé par la loi, comme héritier ab intestat, à recueillir les choses par lui données?

La réponse est facile; et il ne faut pas mettre en doute que l'article 747, adoptant la jurisprudence des provinces

coutumières, n'a établi au profit de l'ascendant donateur qu'un droit puremen tsuccessif.

D'abord, c'est dans le titre *des Successions* ab intestat, et dans le chapitre *des successions déférées aux ascendants*, que l'article 747 a été placé au milieu des autres articles, qui établissent des vocations héréditaires.

En second lieu, le texte de la loi est formel : les ascendants *succèdent.... Ils succèdent aussi,* dit par deux fois l'article 747; et c'est précisément de ces mots, qui avaient été aussi employés par les coutumes de Paris et d'Orléans (*supra*, n° 477), que l'on avait conclu, et fort justement, que les coutumes n'avaient établi au profit de l'ascendant donateur, qu'un droit héréditaire.

Il est vrai que notre Code, dans deux circonstances tout à fait semblables à celle-ci, a employé d'autres termes:

« Si l'adopté meurt sans descendants légitimes, dit « l'article 351, les choses données par l'adoptant, etc., « *retourneront* à l'adoptant. »

Et de même, l'article 766 dispose que « en cas de pré« décès des père et mère de l'enfant naturel, les biens « qu'il en avait reçus, *passent* aux frères et sœurs légi« times ;... les actions en reprise.... *retournent* également « aux frères et sœurs légitimes. »

Mais, d'une part, ces articles eux-mêmes, par les autres termes qu'ils emploient aussi et par l'ensemble de leurs dispositions, n'établissent qu'un droit de succession; c'est ainsi que l'article 351 ne fait retourner les biens à l'adoptant, qu'*à la charge de contribuer aux dettes, et sans préjudice des droits des tiers.* Bien plus! l'article 352 déclare formellement que l'adoptant *succédera ;* et il n'est pas douteux que c'est la même pensée qui a dicté l'article 766, dont la disposition placée, comme celle de notre article 747, dans le titre *des successions,* n'appelle les frères et sœurs légitimes à recueillir certains biens qu'autant qu'ils se retrouvent *en nature dans la succession* de l'enfant naturel.

D'autre part, il faut aussi reconnaître que ces expressions *retour*, *réversion*, qui convenaient certainement beaucoup mieux au système des pays de droit écrit, où l'on avait assimilé *le retour légal* au *retour conventionnel*, il faut, disons-nous, reconnaître que ces expressions ont encore une certaine justesse, même dans le système adopté par notre Code, et d'après lequel ce n'est qu'à titre successif que l'ascendant donateur est appelé par la loi à recueillir les choses par lui données; car, précisément, pour l'y appeler, la loi considère exceptionnellement l'origine de ces choses; et c'est parce qu'elles sont venues de lui, qu'elles *retournent* à lui, lors même, ainsi que nous l'allons voir, qu'il ne serait pas héritier pour les autres biens de l'enfant donataire décédé (*infra*, n° 483). Il n'y a pas là, sans doute, un droit de retour véritable, toujours et quand même! mais c'est aussi une idée de *réversion* qui a déterminé le législateur à établir un droit de *succession*. Et voilà ce qui faisait dire à Lebrun que *ce droit est mixte, et qu'il participe du droit de réversion et du droit de succession*, et ailleurs encore, que ce *droit est mêlé de succession et de réversion* (liv. I, chap. v, sect. II, n°s 3 et 57).

Mais enfin, c'est un *droit de succession*, que notre Code a établi, quoiqu'il ait été déterminé à l'établir par suite d'*une idée de réversion;* et le vrai nom qui lui convient aujourd'hui, suivant nous, c'est celui de *retour successoral*, parce que ce nom exprime bien l'idée qui a fait établir le droit et le caractère du droit lui-même.

481. — Nous ajoutons, pour notre part, que le système adopté par notre Code nous paraît, en effet, beaucoup meilleur que celui des anciennes provinces de droit écrit, qui avaient assimilé le retour légal au retour conventionnel.

Ce dernier système, dont le premier président de Lamoignon voulait pourtant faire une maxime universelle, dans l'article 61 du titre des donations *de ses arrêtés*

voy. Merlin, *Répert.*, v° *Réversion*, sect. I, § 2, art. 2), ce système était, au contraire, suivant nous, véritablement excessif; et nous croyons qu'il violait tout à la fois la volonté de l'ascendant donateur et le droit même de l'enfant donataire :

La volonté du donateur qui, en donnant purement et simplement, avait ainsi conféré au donataire un droit absolu et incommutable, avec le précieux avantage de pouvoir disposer librement, vis-à-vis des tiers, de la chose donnée ;

Le droit de l'enfant donataire, qui, de pur et simple et d'incommutable qu'il était d'après son titre, devenait, de par la loi, d'office, et presque de vive force, conditionnel et résoluble !

La mesure était certainement dépassée dans cette réversion résolutoire.

Elle ne l'est point au contraire, dans la réversion héréditaire, par laquelle la loi, se bornant à exercer le droit qui lui appartient souverainement, de distribuer les biens de la succession ab intestat, choisit pour héritier des choses données l'ascendant donateur, lorsque ces choses se retrouvent dans la succession ab intestat, dont elle fait le règlement.

Ainsi donc, ce n'est point par l'effet d'une résolution ou d'une révocation quelconque, ni bien moins encore, d'une caducité de la donation, c'est à titre successif, que l'ascendant donateur est appelé par l'article 747; et si l'usage s'est conservé de désigner encore cette espèce de succession par les noms de *réversion* ou *retour légal*, s'il nous arrive à nous-même, pour plus de brièveté, de nous en servir aussi, il sera désormais toujours bien entendu que ce n'est là qu'un droit héréditaire, quoique ce droit ait été fondé sur une idée de réversion (comp. Cass., 17 déc. 1812, Noailles, Sirey, 1813, I, 409; Cass., 18 août 1818, Grellet-Desprades, Sirey, 1818, I, 370; Cass., 16 mars 1830, Sombal, Dev., 1830, I, 121 ; Bor-

deaux, 15 avril 1831, mêmes parties, Dev., 1831, II, 145; Grenier, *des Donat.*, t. II, n° 598; *voy.* pourtant Agen, 13 mars 1817, Roques, Sirey, 1822, II, 300; et 11 déc. 1827, Amouroux, Sirey, 1829, II, 74; Toullier et Duvergier, t. II, n° 234; Duranton, t. VI, n°s 223 et 227; Chabot, sur l'art. 747, n° 29; Malpel, n° 136; Marcadé, art. 747, n° 1; Demante, t. III, n° 55 *bis;* Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 478; Taulier, t. III, p. 151, 152).

481 *bis.* — C'est, disons-nous, par voie de succession que l'ascendant recueille les choses qu'il a données; et nous ajoutons qu'il est, quant à ces choses, *l'héritier* légitime du donataire.

Cette dernière proposition toutefois a été contestée; et on a enseigné, au contraire, que l'ascendant n'était pas un héritier, dans le sens rigoureux de ce mot, mais qu'il était seulement un successeur universel :

1° Les différents articles du Code, qui accordent à certaines personnes le retour successoral, n'attribuent pas, dit-on, à ces personnes la qualité d'héritier (art. 351, 352, 747, 766);

2° La qualité d'héritier, d'après l'article 724, dérive du lien de parenté légitime, qui unit au *de cujus* celui qui est appelé à recueillir l'universalité ou une partie aliquote de l'universalité des biens qui constituent son hérédité; or, d'une part, le retour successoral est beaucoup moins fondé sur le lien de la parenté que sur l'origine des biens qui en forment l'objet, puisqu'il est attribué à certaines personnes entre lesquelles la parenté légitime n'existe pas (art. 766); et d'autre part, il ne s'exerce pas non plus sur l'hérédité elle-même, c'est-à-dire sur l'ensemble des droits et actions du défunt, mais seulement sur une universalité juridique qui ne comprend que certains biens.

Et de cette doctrine on a conclu que l'ascendant ne jouit pas de la saisine héréditaire; qu'il ne continue pas,

de plein droit, la possession du défunt ; qu'il n'est pas tenu des dettes *ultra vires*, mais seulement *pro modo emolumenti* (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 544, 545, 550).

Nous combattrons bientôt spécialement ces différentes déductions (*infra*, nos 482 et 552).

Mais nous répudions dès à présent, pour notre part, la règle sur laquelle on a entrepris de les fonder :

Il est certain, d'abord, que l'ascendant donateur était, dans notre ancienne jurisprudence, considéré comme héritier ; et on l'appelait, en effet, en cette qualité pour succéder au propre qui venait de lui.

Or, notre Code a conservé en ce point les traditions coutumières ; la preuve en est dans la place qu'il a donnée à l'article 747, dans le chapitre *des successions déférées aux ascendants ;* article, où il emploie absolument les mêmes termes que dans les articles 746 et suivants, qui organisent la succession légitime ordinaire déférée aux ascendants.

Il n'était, après cela, nullement besoin que le législateur conférât spécialement à l'ascendant le titre d'héritier, puisque ce titre résultait pour lui de la combinaison des articles 723, 724 et 747.

On objecte en vain que le retour successoral est plutôt fondé sur l'origine des biens qui en sont l'objet, que sur le lien de la parenté légitime, et qu'il ne s'applique pas d'ailleurs à une portion aliquote de l'hérédité totale.

D'autre part, en effet, si la loi recherche, en cette circonstance, l'origine du bien, elle s'enquiert apparemment aussi du lien qui unissait le donateur au donataire, puisqu'elle n'accorde, ici, le retour successoral qu'à l'ascendant légitime (*infra*, n° 496).

D'autre part, la chose donnée est dévolue à l'ascendant, à titre successif, et comme formant elle-même une hérédité à part, distincte de l'hérédité ordinaire.

Nous concluons donc que l'ascendant est appelé à titre successif, et qu'il a la qualité d'héritier (comp. Delvincourt, t. II, p. 18 ; Chabot, art. 747, n° 15 ; Demante, t. III, n° 56 *bis*).

482. — De cette prémisse générale, dérive toute une série de conséquences, dont la plupart, malgré leur importance, n'ont plus besoin de démonstration.

Ainsi :

1° L'ascendant donateur ne peut pas d'avance, ni dans l'acte même de donation, ni dans un acte postérieur, renoncer au droit successif qui lui est conféré par l'article 747 (comp. art. 791, 1130, 1600).

2° Ce droit s'ouvre à son profit, de même que toute succession, par la mort naturelle, et nous aurions dit aussi, par la mort civile, avant la loi du 31 mai 1854, qui l'a abolie (art. 718) ; comme pareillement en cas de déclaration d'absence, l'ascendant peut obtenir l'envoi en possession du bien par lui donné (art. 120, 123 ; Nancy, 31 janv. 1833, Baradel, D., 1834, II, 172 ; *voy.* notre t. II, Traité *de l'Absence*, n° 83).

3° La disposition de l'article 747 constitue, quant aux immeubles du moins, une loi réelle, applicable en France, même aux étrangers (art. 2, 2e alinéa ; *voy.* notre t. I, n° 82).

4° L'ascendant donateur ne peut recueillir les choses par lui données, qu'autant qu'il a les qualités requises pour succéder, c'est-à-dire sous la condition qu'il sera capable et non indigne (art. 725, 726).

5° Il ne peut les recueillir qu'en se portant héritier et en acceptant la succession de l'enfant donataire ; nous voulons dire cette succession spéciale aux choses données, que l'article 747 lui défère.

6° Il est saisi de plein droit, comme tout héritier, des biens de cette succession (art. 724) ; il est, en conséquence, dès le jour de son ouverture, non-seulement propriétaire (art. 711), mais possesseur ; et les fruits qui

depuis lors proviennent de la chose lui appartiennent (art. 547).

7° Nous verrons qu'il est par suite aussi tenu, comme représentant de l'enfant donataire, son auteur, de respecter les aliénations ou actes quelconques qui émanent de lui, et de contribuer soit au payement des legs, soit au payement des dettes de la succession, dans une part proportionnelle à la valeur des biens par lui donnés, relativement à l'ensemble du patrimoine (*infra*, nos 551, 552, art. 724, 751).

8° Il peut aussi, comme tout héritier, accepter purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire (art. 774 ; comp. Toullier, t. II, n° 236 ; Duranton, t. VI, n° 206 ; Marcadé, art. 747, n° 9 ; Chabot, art. 747, n° 9 ; Vazeille, art. 747, n° 14 ; Demante, t. III, n° 55 *bis*).

9° L'ascendant donateur doit payer à l'État le droit proportionnel de mutation par décès, à la différence du cas où il s'agit d'un retour conventionnel, qui n'est qu'une résolution résultant de l'accomplissement d'une condition stipulée (circulaire de l'administration des domaines et de l'enregistrement du 27 brumaire an VII ; *voy.* Sirey, 1, 2, 117 ; Cass., 28 déc. 1829, Granot, Dev., 1829, I, 59).

En un mot, il faut appliquer à cette succession considérée *per se*, toutes les règles qui gouvernent, en général, d'après notre Code, le droit de succéder et ses conséquences.

483. — Mais en même temps, il est aussi bien essentiel de ne pas confondre cette succession particulière et spéciale avec la succession générale et ordinaire.

Fondée qu'elle est, ainsi que nous l'avons dit, sur une idée de réversion, la succession, établie par l'article 747, se trouve, au contraire, tout à fait en dehors du système général de la succession ordinaire ab intestat ; et elle constitue, par elle-même et par elle seule, une succession particulière et anomale, sous le double rapport des per-

sonnes qui y sont appelées et des choses qui en sont l'objet.

Et voilà bien ce qu'exprime notre article 747, lorsqu'il déclare que les ascendants succèdent *à l'exclusion de tous autres....* etc. ; c'est-à-dire que cette succession particulière et privilégiée, comme on l'a nommée, est, en effet, indépendante soit de l'ordre de parenté, soit des degrés d'après lesquels la succession ordinaire est dévolue.

D'où il suit :

1° Que l'ascendant succède aux biens par lui donnés, lors même qu'il ne serait pas appelé à la succession ordinaire des autres biens, d'après le système général de la succession ab intestat ;

2° Que lorsqu'il est appelé à succéder, avec d'autres héritiers à la succession ordinaire, il succède, seul et à part, aux biens par lui donnés.

Cette double déduction est aujourd'hui incontestable.

Il est vrai que, dans notre ancien droit, on avait mis en question si, l'aïeul ayant donné à son petit-fils qui venait à décéder sans enfants, le droit de réversion légale appartenait au père ou à l'aïeul donateur ; et plusieurs soutenaient que la réversion devait profiter au père, par ce motif que ce que l'aïeul donne à son petit-fils, il le donne pour l'amour de son fils et pour acquitter celui-ci de son obligation de doter son enfant ; mais dès ce temps même, l'opinion contraire avait déjà prévalu ; *il n'est pas juste*, disait Lebrun, *que le fils, qui avait été postposé au petit-fils, soit préféré à l'aïeul qui est le donateur* (liv. I, chap. v, sect. II, n°s 14, 17 ; ajout. Pothier, sur l'article 315 de la cout. d'Orléans, note 2 ; et *des Success.*, chap. II, sect. II, art. 3, § 2).

C'est précisément afin de placer désormais cette décision au-dessus de tous les doutes, que ces mots : *à l'exclusion de tous autres,* qui ne se trouvaient pas dans les anciennes coutumes, ont été insérés dans notre article 747 (*infra*, n° 499).

484. — Il faut donc poser en principe, que nous avons ici, non pas une seule et même succession, dont les différents biens, eu égard à l'origine des uns et des autres, seraient différemment distribués, mais qu'il existe deux successions distinctes et indépendantes l'une de l'autre, aussi indépendantes et aussi distinctes que le seraient les successions de deux personnes différentes.

Certaines relations, sans doute, devront s'établir, comme nous l'exposerons bientôt, entre l'une et l'autre de ces successions, pour le règlement de la contribution aux dettes et aux legs, parce que ces deux masses, aujourd'hui séparées, n'ont d'abord formé qu'une seule masse et qu'une même universalité juridique, sur lesquelles ces charges ont indistinctement pesé.

Mais, à part ce règlement, et pour tous les autres effets qui résultent de la succession déférée, le principe fondamental est que la succession de l'ascendant aux choses par lui données, et la succession des héritiers ordinaires à tous les autres biens, forment, l'une à côté de l'autre, deux successions en quelque sorte parallèles, deux successions tout à fait distinctes et séparées (comp. Cass., 8 mars 1858, de Saint-James, Dev., 1858, I, 545 ; Coin-Delisle, *Revue crit. de jurisprud.*, t. X, p. 211).

485. — De cette prémisse une fois posée, dérive encore, comme tout à l'heure de l'autre règle que nous avions établie (*supra*, nº 482), toute une série de conséquences importantes, et d'avance par cela même, pour la plupart, démontrées.

Ainsi :

1° Il n'y aurait pas lieu au droit d'accroissement entre l'ascendant héritier, quant aux biens par lui donnés, et les autres héritiers, quant aux biens de la succession ordinaire.

Aux termes de l'article 786, la part du renonçant (ajoutez et de l'indigne) accroît à *ses cohéritiers ;*

Or, l'ascendant, dans la succession anomale et privi-

légiée, et les autres parents, dans la succession générale et ordinaire, ne sont pas des *cohéritiers ;*

Donc, il ne saurait y avoir lieu, ni d'un côté, ni de l'autre, au droit d'accroissement.

Il est d'évidence, en effet, que l'ascendant, dont le droit est limité *aux choses par lui données,* ne saurait, en vertu de cette vocation spéciale et définie, voir son droit augmenté ou diminué par les acceptations ou les répudiations qui peuvent se faire dans la succession ordinaire des autres biens.

La répudiation d'un héritier plus proche qui l'écartait de la succession ordinaire, pourrait sans doute avoir pour résultat de le faire venir à cette succession, ou d'y augmenter sa part, s'il y était déjà appelé. Mais ce ne serait pas évidemment là un accroissement qui s'opérerait de l'une des successions à l'autre ; tout ceci s'accomplirait dans la succession ordinaire, sans aucune relation avec la succession anomale de l'ascendant, et sans aucune altération, ni en plus ni en moins, de sa vocation spéciale comme ascendant donateur.

Il n'y aurait pas plus, disons-nous, accroissement de la succession générale au profit de la succession spéciale, qu'il n'y aurait accroissement de la succession spéciale au profit de la succession générale, si l'ascendant donateur renonçait au bénéfice de l'article 747 ; car alors il n'y aurait plus, ou plutôt il n'y aurait jamais eu de succession spéciale, puisque, par la renonciation de l'ascendant donateur, les biens donnés seraient toujours demeurés confondus dans la succession ordinaire (art. 785 ; comp. Delvincourt, t. II, p. 18, note 4 ; Duranton, t. VI, n° 208 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 548 ; Demante, t. III, n° 56 *bis*, III).

486. — 2° L'obligation respective du rapport ne saurait exister entre l'ascendant, appelé comme donateur en vertu de l'article 747, et les héritiers de la succession ordinaire.

C'est toujours le même argument, et aussi tranchant :

Aux termes de l'article 857, le rapport n'est dû que *par le cohéritier à son cohéritier ;*

Or, l'ascendant donateur, dans la succession particulière, et les autres parents, dans la succession générale, ne sont pas *cohéritiers ;*

Donc, ils ne se doivent pas respectivement de rapports.

Que les héritiers de la succession ordinaire ne soient pas tenus de rapporter les libéralités qu'ils ont reçues, de les rapporter, disons-nous, à l'ascendant donateur, dont le droit est limité aux biens par lui donnés, cela est d'évidence.

Mais il en résulte aussi, par cela même, la preuve que l'ascendant, réciproquement, de son côté, s'il avait reçu une libéralité de son enfant, ne serait pas tenu, en tant qu'il ne viendrait que comme ascendant donateur aux biens par lui donnés, de rapporter les dons par lui reçus à la succession ordinaire. Et comment pourrait-il être tenu de les y *rapporter*, s'il n'y *venait* pas, s'il n'était pas *héritier* dans cette succession ? (Art. 843, 845 ; comp. Demante, t. III, n° 56 *bis*, V.)

487. — 3° Puisque l'ascendant donateur, *qua talis*, et les autres héritiers de la succession ordinaire ne sont pas cohéritiers, ils ne sont pas copropriétaires ; il n'y a point entre eux indivision ; et dès lors, il ne saurait y avoir lieu entre eux à un partage.

En conséquence, ils ne peuvent être tenus, les uns envers les autres, en cas de trouble ou d'éviction, d'aucune obligation de garantie (art. 815, 884).

Que l'éviction soufferte par l'ascendant dans la chose par lui donnée à son enfant, et ensuite recueillie dans la succession de celui-ci, que cette éviction n'engendre, à son profit, aucune action en garantie, cela est encore d'évidence (art. 747).

Mais, par suite, il en résulte évidemment aussi que

l'ascendant donateur, dont le droit est limité aux biens par lui donnés, ne saurait être garant, à ce titre, des évictions qui pourraient être subies dans la succession ordinaire par l'un des copartageants.

Tout ce qui en résulterait seulement, c'est que le règlement sur la contribution aux dettes par les deux successions, qui est, comme nous l'avons dit (*supra*, n° 483), calculé sur leur importance respective, c'est que ce règlement se trouverait modifié en raison de la diminution de valeur que l'éviction causerait dans la masse.

487 *bis.* — 4° De ce que l'ascendant donateur et les héritiers appelés à la succession ordinaire ne sont pas cosuccessibles, et qu'il n'y a lieu entre eux à aucun rapport d'indivision ni de partage, il faut aussi conclure que l'exercice du retrait successoral que l'article 841 admet entre cohéritiers, ne pourrait pas être exercé de l'une à l'autre de ces successions distinctes, ni par l'ascendant contre le cessionnaire des droits successifs de l'un des héritiers de la succession ordinaire, ni par l'un des héritiers de la succession ordinaire contre le cessionnaire des droits successifs de l'ascendant (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 548).

488. — 5° Lorsque l'ascendant se trouve appelé tout à la fois comme donateur à la succession particulière et comme le plus proche de sa ligne à la succession générale, il peut accepter la première et répudier la seconde.

Cette solution pourtant a été contestée.

On a objecté :

En droit, l'indivisibilité du titre d'héritier et le principe qui ne permet pas d'accepter ou de répudier une succession *pro parte* (L. 1, ff. *de adquir. vel omitt. hæredit.*). *C'est pourquoi*, disait autrefois Duplessis, *je tiens sans difficulté que renonçant à l'une, il renonce à l'autre* (des *Success.*, liv. III, chap. II);

En fait, le défaut d'intérêt; car les biens donnés et les biens ordinaires devant contribuer proportionnellemen

aux dettes, l'une des successions ne peut pas être mauvaise sans que l'autre le soit également ; et on ne voit pas, en conséquence, dit-on, quel intérêt l'ascendant pourrait avoir à répudier l'une et à accepter l'autre (comp. Delvincourt, t. II, p. 18, note 4 ; comp. aussi Coin-Delisle, *Revue crit. de jurisprud.* 1857, t, XI, p. 232 et suiv.).

Mais il est facile de répondre :

D'une part, le principe que l'on ne peut accepter ni répudier pour partie, n'est applicable qu'à une seule et même succession ; il est fondé sur cet autre principe que la vocation de chacun des héritiers appelés à une succession est collective et solidaire, et que, si l'on fait des parts, c'est par une nécessité résultant de leur concours, *concursu partes fiunt* (*voy.* aussi art. 785) ; or, l'ascendant est ici appelé, non pas à une seule et même succession, mais à deux successions distinctes ; il y est appelé en vertu de deux titres différents. Ce n'est pas du tout un prélèvement, un préciput, qu'il exerce sur la succession ordinaire ; et la preuve en est qu'il succède aux choses par lui données, lors même qu'il n'est pas appelé comme héritier aux autres biens. *Ce sont deux successions qui concourent en une même personne*, disait Ferrière (sur l'article 331 de la cout. de Paris, § 3, n° 3) ; donc, rien ne fait obstacle à ce qu'il accepte l'une en répudiant l'autre, puisque nous supposons qu'il accepte pour le tout et qu'il répudie également pour le tout chacune de ces deux successions distinctes et indépendantes dans leur unité respective.

D'autre part, plusieurs hypothèses peuvent se présenter dans lesquelles l'ascendant aurait intérêt à agir ainsi : 1° s'il attachait, par exemple, aux biens par lui donnés un prix d'affection, et qu'il consentît, pour les reprendre, à payer une part proportionnelle des dettes, fût-elle même supérieure à la valeur de ces biens, sans vouloir pourtant s'exposer, en acceptant la succession ordinaire, à en payer encore davantage ; 2° si, ayant reçu des libéralités

du *de cujus*, il renonçait à la succession ordinaire, afin de se dispenser du rapport ; car nous avons vu que l'acceptation de la succession aux biens donnés n'engendre pas contre lui cette obligation (*supra*, n° 486) ; 3° s'il voulait, tout en acceptant la succession aux biens qu'il a donnés, avantager, par sa renonciation à la succession ordinaire, un parent plus éloigné auquel cette succession sera dévolue (art. 786, 2e alinéa) ; 4° enfin, si, ayant d'abord accepté seulement la succession anomale aux biens donnés, et s'apercevant que la masse est plus qu'absorbée par les dettes, il avait intérêt à s'en décharger d'autant, en renonçant, du moins, à la succession ordinaire (comp. Toullier, t. IV, n° 237 ; Duranton, t. VI, n° 210 ; Chabot, sur l'article 747, n° 16, et Belost-Jolimont, observ. 4 ; Vazeille, art. 747, n° 3 ; Marcadé, art. 747, n° 12 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 546 ; Massé et Vergé, t. II, p. 285 ; Demante, t. III, n° 56 *bis*, VI).

489. — Mais, en sens inverse, l'ascendant pourrait-il répudier, comme donateur, la succession spéciale, et accepter, comme le plus proche dans sa ligne, la succession ordinaire ?

On a répondu par une distinction :

Oui, a-t-on dit, s'il est en concours avec d'autres héritiers, les biens étant alors confondus dans la succession ordinaire, il n'y aura plus qu'une seule succession, qui se partagera entre l'ascendant et ses cohéritiers, en proportion de la part pour laquelle chacun d'eux succède ;

Non, s'il est seul appelé à l'une et à l'autre succession (Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 57).

Nous croyons aussi tout à fait qui si l'ascendant est en concours avec d'autres héritiers, il peut répudier la succession spéciale et accepter la succession ordinaire.

Mais pourquoi ne pourrait-il pas en agir ainsi dans le cas même où il est seul appelé à l'une et à l'autre succession ? Sans doute il ne pourra pas faire que les biens donnés restent en dehors de la succession ordinaire ; la

succession spéciale ayant défailli par sa renonciation, les biens donnés demeurent par là confondus dans la succession ordinaire ; et l'ascendant, qui l'a acceptée, les y trouvera nécessairement ; mais il ne les y trouvera qu'en sa qualité d'héritier ordinaire et comme un élément de l'actif de la succession ordinaire. Or, ceci peut être fort important dans les difficiles questions de réserve et de quotité disponible qui peuvent s'élever à cet égard, et que nous renvoyons au titre suivant (comp. *infra*, n° 491 ; Duranton, t. VI, n° 210 ; Demante, t. III, n° 56 *bis*, VI ; Marcadé, art. 747, n° 147 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 546).

490. — L'ascendant étant libre, comme nous venons de le dire, d'accepter l'une des successions et de répudier l'autre, on peut demander à quoi s'appliquera son acceptation ou sa répudiation, lorsque, appelé simultanément aux deux successions, il aura déclaré seulement *accepter* ou *renoncer*.

Il faudra évidemment d'abord, en cas pareil, interroger toutes les circonstances de fait, desquelles pourrait résulter la preuve de son intention, soit d'accepter ou de répudier les deux successions, soit de n'accepter ou de répudier que l'une d'elles.

Mais en admettant (ce qui sera sans doute assez rare) que l'acceptation ou la répudiation ait été faite de telle sorte qu'il n'y ait pas absolument plus de raison de l'appliquer à l'une des successions plutôt qu'à l'autre, nous croirions, contrairement à l'avis de M. Vazeille (art. 747, n° 4), que les deux successions se trouveraient ainsi soi acceptées, soit répudiées (comp. Toullier, t. II, n° 237 ; Marcadé, art. 747, n° 148).

491. — 6° De graves difficultés s'élèvent sur le point de savoir si la séparation qui existe entre la succession spéciale de l'ascendant donateur et la succession ordinaire, si, disons-nous, cette séparation est telle que les biens donnés ne doivent pas être compris dans la masse

pour le calcul de la quotité disponible et de la réserve; et la combinaison des articles 747 et 922 soulève, à cet égard, une thèse délicate. (Comp. Cass., 8 mars 1858, de Saint-James, Dev., 1858, I, 545.)

Mais cette thèse appartient au titre des donations entre-vifs et des testaments; et nous la retrouverons plus tard, à sa place, dans l'article 922.

§ II.

Dans quels cas a lieu le retour successoral établi par l'article 747.

SOMMAIRE.

492. — Quels sont les donateurs auxquels l'article 747 accorde le retour successoral?
493. — Suite.
494. — Du retour successoral accordé à l'adoptant. — Renvoi.
495. — Le retour successoral peut-il appartenir au père ou à la mère dans la succession de son enfant naturel reconnu?
496. — Suite.
497. — Suite.
498. — C'est l'ascendant donateur, c'est-à-dire celui-là même et celui-là seul qui a donné, que l'article 747 appelle à succéder.
499. — Suite.
500. — Suite.
501. — Suite.
502. — Suite. — Renvoi.
503. — Ce n'est que dans la succession de l'enfant donataire, que le donateur est appelé à exercer le retour successoral.
504. — Il faut que l'enfant ou le descendant donataire soit décédé sans postérité.
505. — La postérité de l'enfant donataire ne fait toutefois obstacle au retour successoral qu'autant qu'elle peut ou qu'elle veut accepter la succession.
506. — Suite. — Quel est le sens du mot *postérité* dans l'article 747?
507. — Faut-il que la postérité du donataire soit issue du mariage même en faveur duquel la donation a été faite?
508. — L'enfant adoptif du donataire empêche-t-il l'ascendant de recueillir les choses par lui données?
509. — *Quid*, si c'est un enfant naturel reconnu que le donataire laisse?
510. — Suite.
511. — *Quid*, si le donataire a laissé à la fois un enfant légitime et un enfant naturel reconnu?
512. — L'ascendant peut-il recueillir les choses par lui données, non-seulement dans la succession de l'enfant donataire lui-même, mais aussi

dans celle des descendants de cet enfant qui viendraient à mourir avant lui, sans postérité.

492. — Quels sont les donateurs auxquels l'article 747 accorde le retour successoral ?

Les *ascendants* succèdent, dit notre texte....

Donc, tous les ascendants légitimes sans distinction (nous allons bientôt parler du père et de la mère naturels) (*infra*, n° 495);

Mais aussi seulement les ascendants.

Tous les ascendants, disons-nous d'abord ; non-seulement les ascendants paternels, mais aussi les ascendants maternels (comp. Grenoble, 30 juin 1829, Dallen, D., 1833, I, 289); non-seulement le père ou la mère, mais l'aïeul ou l'aïeule, le bisaïeul ou la bisaïeule, si bien que nous avons vu que l'aïeul donateur succédait, à l'exclusion du père, aux choses par lui données (*supra*, n° 483).

Nous avons ajouté : mais seulement les ascendants. Donc, personne parmi les collatéraux, pas même le frère donateur envers son frère, ou l'oncle envers son neveu, à la différence de certaines coutumes d'autrefois, qui avaient étendu davantage le retour légal, et qui l'accordaient, comme la coutume d'Auvergne (art. 242), aux parents collatéraux, et même, comme la coutume de Valenciennes, au donateur étranger (comp. Lebrun, liv. I, chap. v, sect. II, n° 5 ; Merlin, *Répert.*, v° *Réversion*, sect. II, § 2, art. 3, n°s 6 et 7).

493. — Il est évident, d'ailleurs, que ce droit est attribué à l'ascendant donateur lui-même personnellement, et que, puisqu'il s'agit d'une succession, il ne peut s'ouvrir et se réaliser qu'autant que l'ascendant lui-même a survécu à l'enfant donataire, et que cette expectative héréditaire ne passerait point à ses héritiers, quels qu'ils fussent (*voy.* seulement, à cet égard, l'article 351 et notre tome VI, n° 174 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 227 et 548 ; art. 725 ; *supra*, n° 482, 4°).

Mais il est clair que si l'ascendant a survécu, cette succession particulière, qui s'est ouverte à son profit et dont il a été saisi (art. 724), fait désormais partie de sa propre succession, et que la faculté de l'accepter ou de la répudier se trouve *in bonis ejus*, transmissible à ses héritiers, ou légataires et successeurs quelconques (art. 781 ; comp. Toullier, t. II, n° 230 ; Chabot, art. 747, n° 7 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 229).

494. — Le retour légal est accordé certainement à tous les ascendants légitimes.

Quant à l'adoptant, les articles 351 et 352 organisent le retour successoral auquel il peut être appelé dans la succession de l'adopté et de ses descendants ; et ce droit peut même, après le décès de l'adoptant, appartenir aussi, dans une certaine limite, à ses descendants.

Nous avons déjà exposé ailleurs cette application particulière du retour successoral ; et nous ne pouvons que nous référer à ce que nous en avons dit (dans notre tome VI, nos 172 et suiv.).

Ajoutons seulement ici que le retour légal, en matière d'adoption, nous paraît devoir s'appliquer aux objets donnés entre-vifs par l'adoptant à l'adopté, soit depuis l'adoption, soit même avant l'adoption ; car, d'une part, la donation antérieure à l'acte d'adoption aura presque toujours eu lieu en vue de cette adoption future ; et, d'autre part, le texte, en exigeant le concours des deux qualités d'adoptant et de donateur au moment où le retour successoral vient à s'ouvrir par le décès de l'adopté, n'implique pas nécessairement l'idée que ce concours ait dû exister au moment même où la donation a été faite (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 223 ; Massé et Vergé, t. II, p. 288).

495. — Mais le retour successoral peut-il appartenir au père ou à la mère dans la succession de son enfant naturel reconnu ?

Cette question n'a pas d'importance dans l'hypothèse

où l'enfant n'a été reconnu que par celui de ses auteurs qui lui avait fait une donation entre-vifs ; car la succession tout entière de l'enfant étant alors attribuée au père ou à la mère qui l'a reconnu (art. 765), la chose par lui donnée s'y trouvera comprise ; la question n'aurait alors d'intérêt que pour le cas, assez rare, où le donateur voudrait s'en tenir seulement au bien donné, en renonçant à la succession des autres biens (*supra*, n° 488).

Mais la difficulté s'élève, au contraire, avec toute son importance, lorsque l'enfant naturel a été reconnu à la fois par son père et par sa mère.

Celui des deux qui a fait une donation entre-vifs à cet enfant peut-il invoquer alors le retour successoral ?

L'affirmative compte des partisans nombreux et très-convaincus ; *nous n'en faisons pas le moindre doute*, a écrit M. Duranton (t. VI, n° 221).

On peut, dans l'intérêt de cette doctrine, invoquer deux ordres d'arguments : les uns, déduits des textes mêmes de la loi ; les autres, de ses motifs et de son esprit :

1° Et d'abord, quant aux textes, l'article 747 porte, dans les termes les plus généraux, que les *ascendants succèdent*, etc.; or, le père ou la mère naturel est aussi sans doute un *ascendant ;* et, aux termes de l'article 765, il *succède* à son enfant, il est appelé à lui *succéder ;* donc, il se trouve compris dans la disposition de l'article 747.

La preuve en résulte encore de l'article 766, qui accorde le droit de retour dans la succession de l'enfant naturel aux enfants légitimes du père ou de la mère qui l'a reconnu ; ce qui suppose, dit-on, nécessairement, *a fortiori*, qu'il est accordé au père ou à la mère qui a fait lui-même la donation ; car, en cette matière, l'ascendant donateur est toujours préféré à son propre enfant ; c'est ainsi que l'aïeul légitime recueille, à l'exclusion de son propre fils, les choses par lui données à son petits-fils décédé sans postérité (*voy.* aussi art. 351, 352) ; donc, puisque l'enfant légitime du père ou de la mère qui a reconnu l'enfant

naturel, exercerait le retour légal dans la succession de celui-ci, il est impossible que le père ou la mère lui-même ne l'exerce pas, s'il a survécu.

2° Les trois considérations principales sur lesquelles est fondé le retour successoral, se présentent, en effet, ici avec plus de force et d'autorité encore que dans les successions légitimes (*supra*, n° 473).

Serait-il moins douloureux, par exemple, pour le père naturel qui peut avoir maintenant des enfants légitimes, de voir les biens par lui donnés à son enfant, passer, en partie du moins, à la mère, qui lui est étrangère, qui peut-être a continué ses désordres, qui se trouve désormais, comme il arrive souvent, tout à fait perdue, et qui semblerait ainsi scandaleusement recevoir la récompense de son inconduite! L'ascendant légitime, lui! si on ne lui avait pas accordé le retour successoral, il n'aurait été exclu que par ses propres parents, par son neveu, par son propre fils peut-être; et pourtant on a voulu qu'il leur fût préféré! Ne serait-ce pas une contradiction manifeste de ne pas préférer à la mère naturelle le père, qui a fait la donation, et *vice versa?*

En second lieu, il est certes très-nécessaire aussi et très-politique d'encourager les père et mère naturels à faire des libéralités à leurs enfants, d'autant plus qu'ils peuvent y être souvent moins portés que les père et mère légitimes et que l'enfant naturel a toujours plus besoin de leurs secours (*voy.* art. 761).

Enfin, est-ce que le prédécès de l'enfant naturel sans postérité ne fait pas aussi défaillir la cause de la donation entre-vifs que son père ou sa mère lui a faite, d'autant plus radicalement que, encore une fois, il ne reste plus après lui, pour recueillir le bien donné, que des individus étrangers au donateur?

Il est vrai qu'autrefois Lebrun refusait au père et à la mère naturels le retour successoral; mais il fondait sa doctrine soit sur ce que l'obligation de doter, qui était à

la charge du père légitime, n'était pas imposée au père naturel, soit sur ce que les père et mère naturels ne succédaient pas *aux bâtards* (liv. I, chap. v, sect. II, nos 7 à 11); or, ces deux arguments ne sont plus aujourd'hui présentables, puisque l'obligation de doter n'est pas plus imposée au père légitime qu'au père naturel (art. 204), et que les père et mère succèdent à leur enfant naturel reconnu (art. 765).

En conséquence, cette opinion conclut que rien ne fait obstacle, dans notre droit nouveau, à ce que le retour successoral soit accordé au père et à la mère naturels (comp. Duranton, *loc. supra cit.;* Chabot, art. 747, n° 4; Poujol, art. 841, n° 10; Marcadé, art. 747, n° 128; Vazeille, art. 747, n° 12; Benoît, *de la Dot.*, t. II, n° 89; Taulier, t. III, p. 153).

496. — Nous croyons, pour notre part, que cette doctrine n'est pas fondée.

Ce n'est pas, certes, que nous méconnaissions la gravité des motifs sur lesquels elle est appuyée; ces motifs sont même, à nos yeux, si considérables, que nous aurions souhaité que le retour successoral eût été accordé aussi au père et à la mère naturels. Mais ce que le législateur aurait pu, ce que même peut-être il aurait dû faire, il nous paraît certain qu'il ne l'a pas fait, et qu'il est impossible de trouver ce retour successoral dans aucun article de notre Code :

1° L'article 747, par la place qu'il occupe et par ses termes mêmes, est inapplicable au père et à la mère naturels.

Le Code a traité, dans deux chapitres distincts, des successions légitimes ou régulières (chap. III) et des successions irrégulières (chap. IV); et on ne saurait, sans arbitraire et sans une perturbation profonde de toute l'économie de la loi, transporter les dispositions de l'un des chapitres dans l'autre;

Or, l'article 747 appartient au chapitre III, qui ne

s'occupe que des successions légitimes; il fait partie, dans ce chapitre, de la section IV, qui ne s'occupe que des successions déférées aux ascendants légitimes;

Donc, il est impossible de l'étendre au père et à la mère naturels.

D'autant plus que par les termes mêmes, qu'il emploie, *d'ascendants, d'enfants et d'ascendants*, cet article témoigne évidemment qu'il règle des rapports de famille légitime, non-seulement de père et d'enfant, mais encore d'aïeul et de petit-fils, rapports qui n'existent pas dans la parenté naturelle.

2° Et maintenant, trouve-t-on, dans le chapitre IV, *des Successions irrégulières*, un retour successoral au profit du père ou de la mère naturel?

Pas davantage!

Aux termes de l'article 765, la succession de l'enfant naturel décédé sans postérité est dévolue au père ou la mère qui l'a reconnu; *ou par moitié à tous les deux, s'il a été reconnu par l'un et par l'autre. La succession* dit le texte : ce qui comprend, sans aucune exception, tous les biens laissés par l'enfant, même ceux que l'un de ses auteurs lui aurait donnés; et, à moins qu'un texte n'appelle cului-ci à les recueillir seul, l'autre a évidemment le droit, en vertu de l'article 765, de demander la moitié du bien donné, comme de tous les autres biens;

Or, il n'existe aucun texte qui autorise celui des deux qui aurait fait une donation à l'enfant commun, à recueillir le bien donné, à l'exclusion de l'autre;

Donc, ce bien reste nécessairement dans la succession totale, à laquelle chacun d'eux est appelé par moitié.

Il faut ajouter que c'est à dessein que l'article 765 a été ainsi fait. Quelques membres du conseil d'État auraient voulu, il est vrai, que l'on accordât au père ou à la mère naturel le retour successoral des choses par lui données, mais en l'écartant complétement de la succes-

sion de tous les autres biens, ainsi que l'on faisait autrefois dans certains parlements, et particulièrement à Grenoble (Denizart, v° *Retour*, n° 48); tel était notamment l'avis de Cambacérès; mais il résulte de la discussion, que, au contraire, on n'a pas accordé au père et la mère naturels le retour légal, par la raison précisément qu'on les admettait à succéder indistinctement à tous les biens de l'enfant (comp. Fenet, t. XII, p. 32).

3° On a prétendu déduire, en sens contraire, un argument *a fortiori* de l'article 766, d'après lequel les enfants légitimes du père ou de la mère qui a fait la donation à l'enfant naturel recueillent les biens donnés dans sa succession.

Mais il est clair que cet argument ne serait proposable qu'autant que les enfants légitimes de l'auteur qui a fait la donation succéderaient aux biens donnés, à l'exclusion de l'autre auteur naturel survivant; car s'ils n'ont pas, contre lui, ce retour successoral, l'argument qui consiste à dire que puisque les enfants du donateur prédécédé *ont ce* retour successoral contre l'autre auteur survivant, le donateur lui-même doit aussi l'avoir *a fortiori*, cet argument s'évanouit tout à fait; si ces enfants légitimes *n'ont pas* ce retour successoral à l'encontre de l'autre auteur survivant.

Or, précisément, d'après l'article 766, ce n'est que *en cas de prédécès des père et mère de l'enfant naturel*, que les biens qu'il en avait reçus passent aux frères et sœurs légitimes.

On a soutenu, il est vrai, qu'il suffisait que le père ou la mère qui avait fait la donation fût prédécédé, pour que le retour successoral des biens par lui donnés eût lieu au profit de ses enfants légitimes, même à l'exclusion de l'autre auteur de l'enfant naturel (comp. Duranton, t. VI, n° 338; Marcadé, art. 766, n° 2; Malpel, n° 164; Belost-Jolimont sur Chabot, art. 765, observ. 3; Duvergier sur Toullier, t. II, n° 269, note 6; P. Pont,

Revue de législ. de M. Wolowski, 1846, t. II, p. 94 et suiv.).

Mais la jurisprudence a repoussé cette doctrine (comp. Dijon, 1er août 1818, Dev., et Car., *Collect. nouv.*, 5. II, 109; Rouen, 4 août 1820, Bachelet, Sirey 1821, II, 313; Paris, 27 nov. 1845, Bayeux, Dev. 1846, II, 196).

Plusieurs jurisconsultes se sont aussi rangés à ce dernier parti (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 227; Massé et Vergé, t. II, p. 287; Demante, t. III, n° 85 *bis*, II; Cadrès, *des Enfants naturels*, n° 214).

Et, en ce qui nous concerne, nous n'hésitons pas à penser que ce parti est, en effet, le meilleur.

Nous reviendrons bientôt sur cette question spéciale; et nous ferons seulement ici deux arguments, qui suffiront à démontrer que le moyen déduit de l'article 766 n'est, quant à notre thèse actuelle, d'aucune valeur.

D'une part, il est évident que l'article 766 se lie et fait suite à l'article 765, et qu'il prévoit une troisième et dernière hypothèse, après les deux hypothèses déjà prévues par l'article 765;

Or, l'article 765 a prévu :

1° Le cas où l'enfant naturel n'a laissé que son père *ou* sa mère; 2° le cas où il a laissé son père *et* sa mère;

Donc, l'article 766, qui vient ensuite, prévoit le cas où il n'a laissé *ni* son père *ni* sa mère. *En cas de prédécès des père et mère....* Telle est évidemment l'économie et la progression des idées dans ces deux textes.

D'autre part, la succession des enfants légitimes aux biens donnés est parallèle, dans l'article 766, à la succession des enfants naturels aux autres biens; l'une et l'autre sont soumises aux mêmes conditions d'existence et d'ouverture;

Or, la succession des enfants naturels aux autres biens laissés par l'enfant naturel n'existe et ne s'ouvre très-certainement qu'autant que les père et mère sont tous les deux prédécédés;

Donc, la succession des enfants légitimes aux biens donnés ne peut aussi s'ouvrir que dans cette hypothèse.

Concluons donc que le père naturel n'a pas le droit de retour successoral à l'encontre de la mère, ni réciproquement. Il est d'autant plus impossible d'étendre un pareil droit à la succession irrégulière, qu'il constitue, malgré toute sa faveur, une exception notable au système général de notre loi, qui ne recherche pas l'origine des biens (art. 732), et que d'ailleurs les successions irrégulières, reposant non pas sur des principes naturels d'équité et de morale, mais sur des dispositions positives et arbitraires de législation, on ne saurait y introduire cette prérogative qui n'a été accordée qu'aux ascendants légitimes (comp. Malpel, n° 166; Demante, t. III, n° 85 *bis*, II; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 536; Zachariæ, Aubry et Rau; Massé et Vergé, *loc. supra cit.*).

497. — Au reste ce qui nous paraît certain, c'est que le droit de retour successoral n'appartiendrait pas :

1° A l'aïeul *naturel* qui aurait fait une donation à l'enfant légitime de l'enfant par lui reconnu (*voy.* notre tome V, n° 552; Cass., 5 mars 1849, Lebailly, Dev., 1849, I, 331; comp. pourtant, en sens contraire, une remarquable consultation de notre savant collègue M. Feugeurolles, Dev., 1847, II, 569);

2° Ni à l'aïeul qui aurait fait une donation à l'enfant naturel reconnu par son enfant légitime (*voy.* notre tome V, n°s 544, 545; Chabot, art. 747, n° 5; Taulier, t. III, p. 154; Poujol, art. 841, n° 10; Marcadé, art. 747, n° 129).

498. — C'est d'ailleurs, bien entendu, l'ascendant donateur qui est appelé, par l'article 747, à recueillir les choses *par lui données;* l'ascendant donateur, le *donnant,* suivant la formule habituelle de Montvallon (chap. XI, art. 2), c'est-à-dire celui-là même et celui-là seul qui a donné.

499. — C'était une question controversée autrefois

que celle de savoir « si l'aïeul ayant donné à son petit-fils, et étant décédé, le droit de réversion appartenait au fils. »

Les parlements des provinces de droit écrit décidaient généralement en faveur du père, en vertu de la loi 6 au Digeste, *de collatione bonorum*, par le motif que le père étant tenu de doter sa fille, l'aïeul, en la dotant, n'avait fait que remplir, en son acquit, cette obligation; et nous avons vu que quelques-uns en étaient venus, avec ce motif, à attribuer la réversion au père, du vivant même de l'aïeul donateur (*supra*, n° 483).

Mais dans les pays coutumiers, où l'obligation de doter n'était pas imposée au père, on jugeait, au contraire, que le retour légal n'appartenait jamais, en cas pareil, qu'à l'aïeul lui-même et lui seul (comp. Lebrun, liv. I, chap. v, sect. II, n° 42).

Et cette solution devrait encore être certainement admise aujourd'hui (comp. art. 204, 848; Duranton, t. VI, n° 285, note 2).

500. — Il faudrait le décider ainsi dans le cas même où ce serait le père qui aurait transmis à son fils l'objet donné, s'il avait lui-même reçu cet objet de l'aïeul, à la charge de le remettre au petit-fils, et s'il était reconnu, en fait, qu'il n'aurait joué que le rôle d'un intermédiaire (comp. Lebrun, *loc. supra cit.*, n° 18; Montvallon, chap. XI, art. 2, p. 439; Benoit, *de la Dot*, t. II, n° 94).

501. — J'ai donné à mon fils un héritage; mon fils l'a donné lui-même à son fils, qui meurt ensuite sans enfants.

Lequel succédera, de mon fils ou de moi?

Telle est la question que Pothier proposait, en ces termes mêmes; et il répondait : ce sera mon fils (*des Success.*, chap. II, sect. II, art. 3, § 2; et note 4, sur l'article 515 de la coutume d'Orléans).

Cette réponse n'a pas cessé d'être exacte; car l'aïeul a

donné au fils et non pas au petit-fils ; et, par conséquent, dans la succession du petit-fils, l'aïeul n'est pas le donateur ; et la chose qui s'y trouve n'y est point par l'effet de sa donation ; elle n'est point la chose par lui donnée (*infra*, n° 512).

502. — Nous n'avons pas à rechercher ici quel ascendant devra, suivant les différentes hypothèses, être considéré comme le donateur entre deux époux, qui auraient doté leur fille ou leur fils, ou qui auraient fait entre leurs enfants le partage de leurs biens.

Les questions qui peuvent s'élever sur ce point seraient ici un hors-d'œuvre ; et nous les retrouverons plus tard à leur place (comp. art. 1075, 1438, 1439, 1543, etc.).

Qu'il nous suffise d'avoir posé le principe, à savoir : que le droit de retour successoral n'appartient qu'à l'ascendant qui doit être considéré comme donateur de la chose dont il s'agit.

Notons seulement toujours que ce n'est taxativement qu'au profit de l'ascendant donateur que le retour de la chose donnée peut avoir lieu ; d'où il faut conclure que si plusieurs ascendants avaient fait conjointement une donation entre-vifs à leur enfant, chacun d'eux ne pourrait être appelé à recueillir que la portion de la chose qu'il aurait lui-même donnée, et que le prédécès, la renonciation ou l'indignité de ses codonateurs ne produirait, à son profit, aucun accroissement (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 549).

503. — Ce n'est que dans la succession de l'enfant donataire que l'ascendant donateur est appelé à exercer le retour successoral.

Peu importe, d'ailleurs, que l'enfant donataire soit au premier degré, au second, ou à un degré plus éloigné encore.

Les ascendants succèdent, dit l'article 747, aux choses par eux données à *leurs enfants ou descendants :*

A leurs enfants, si c'est l'enfant lui-même qui a reçu la donation de son père ou de sa mère;

A leurs descendants, si c'est le petit-fils ou la petite-fille, *nepos vel neptis*, qui a reçu la donation de l'aïeul ou de l'aïeule, etc. (*infra*, n° 512).

504. — Mais il faut que l'enfant ou le petit-enfant donataire soit décédé *sans postérité* (art. 747).

En donnant cette chose à son enfant, disait Pothier, *il la lui a donnée tant pour lui que pour toute sa postérité* (*des Success.*, chap. II, sect. II, art. 3, § 2).

Et on ne peut pas alors prétendre que la cause de la donation ait défailli.

Il n'y a rien d'ailleurs de pénible pour l'ascendant à voir le bien par lui donné à son fils ou à son petit-fils passer, par la mort du donataire, à son petit-fils ou à son arrière-petit-fils, qui est de sa part l'objet de la même tendresse et qu'il avait embrassé d'avance dans sa libéralité.

505. — Mais ces motifs mêmes attestent que la postérité de l'enfant donataire ne fait obstacle au retour successoral qu'autant qu'elle peut et qu'elle veut accepter sa succession.

Si donc les enfants laissés par l'enfant donataire renoncent ou sont soit incapables, soit exclus comme indignes, il faut décider que l'ascendant succédera aux choses par lui données.

En effet, l'héritier qui renonce (de même aussi celui qui a été exclu comme indigne), est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785); il est manifeste que la postérité du donataire est, vis-à-vis de l'ascendant donateur, en ce qui concerne les choses par lui données, comme si elle n'existait pas, lorsqu'elle devient étrangère à la succession par sa renonciation ou son indignité, et lorsque les choses données se trouveraient ainsi recueillies, au préjudice de l'ascendant donateur, par d'autres que par la postérité même du donataire (comp. Lebrun, *des Suc-*

cess., liv. I, chap. v, sect. II, n° 28 ; Chabot, art. 747, n° 11 ; Toullier, t. II, n° 241 ; Duranton, t. VI, n° 218 ; Marcadé, art. 747, n° 3 ; Demante ; t. III, n° 56 *bis*, VII ; Taulier, t. III, p. 157).

506. — Que ce mot : *postérité* comprenne non-seulement les enfants au premier degré, mais encore les petits-enfants, et qu'en conséquence le père, par exemple, qui a fait une donation à son fils, ne puisse pas prétendre au retour successoral, lorsque le fils donataire meurt laissant, après avoir perdu son fils, un petit-fils issu de ce fils et arrière-petit-fils du donataire, cela est évident.

Il n'est pas moins certain que les enfants légitimés par mariage subséquent y sont aussi compris comme les enfants légitimes (art. 333).

507. — On avait mis en doute, dans notre ancienne jurisprudence, si la postérité du donataire, pour former obstacle au retour légal de l'ascendant donateur, devait être issue du mariage même en faveur duquel la donation avait été faite ;

Ou s'il suffisait qu'elle fût issue d'un mariage antérieur ou d'un mariage postérieur.

Et plusieurs hésitaient en ce point, surtout lorsqu'il s'agissait d'enfants issus d'un mariage postérieur à la donation.

Lebrun, toutefois, enseignait, d'après Cambolas, que « l'on considère les deux mariages comme un seul, et qu'il suffit qu'il reste des enfants pour empêcher que la réversion ait lieu. » (Liv. I, chap. v, sect. II, n°s 26, 27 ; ajout. Montvallon, chap. XII, art. 2, p. 438.)

Cette doctrine est certainement aujourd'hui la seule qui puisse être admise ; car l'article 747, en déclarant que l'ascendant ne recueille les choses par lui données qu'autant que le donataire décède *sans postérité*, n'a pas limité la signification générale de ce mot ; or, les enfants du donataire, de quelque mariage qu'ils soient issus, de celui en faveur duquel la donation a été faite, d'un ma-

riage antérieur ou même postérieur à la donation, tous ces enfants forment la postérité du donataire ; donc, d'après le texte formel de la loi, ils font obstacle au retour successoral; et, après tout, en effet, ils sont tous aussi les petits-enfants de l'ascendant donateur.

Il est vrai que la donation de biens à venir par contrat de mariage n'est présumée faite qu'aux enfants et descendants *à naître du mariage* (comp. art. 1082, 1089); mais cette hypothèse est différente; il s'agit là de rendre ces enfants eux-mêmes directement et personnellement donataires par voie de substitution vulgaire. Ajoutons que cette donation peut être faite aux futurs époux, non-seulement par leurs ascendants, mais encore par des étrangers.

Mais dans le cas prévu par l'article 747, la postérité du donataire, qui est toujours aussi la postérité du donateur, fait aussi toujours, sans aucune distinction, obstacle au retour successoral (comp. Chabot, sur l'article 747, n° 10 ; Duranton, t. VI, n° 217 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 223 ; Massé et Vergé, t. II, p. 286, 287).

508. — L'enfant adoptif du donataire empêcherait-il l'ascendant de recueillir les choses par lui données ?

On peut dire, pour la négative :

D'une part, que ce mot : *postérité*, ne s'entend généralement que de la postérité *du sang;*

D'autre part, que l'adopté est étranger à l'ascendant donateur qui ne l'a pas compris dans sa libéralité (art. 350; comp. aussi, comme analogue, sous certains rapports, Bordeaux, 23 août 1854, Renard, Dev., 1854, II, 598; Cass., 14 févr. 1855, mêmes parties, Dev., 1855, I, 185).

La solution contraire nous paraît toutefois la meilleure :

Aux termes de l'article 350, l'adopté a, sur la succession de l'adoptant, les mêmes droits que ceux qu'y aurait l'enfant né en mariage; c'est la loi elle-même qui le déclare;

Or, c'est la loi elle-même aussi qui, par l'article 747, règle dans la succession de l'enfant le sort du bien qui lui a été donné par son ascendant;

Donc, puisqu'elle préfère à l'ascendant donateur l'*enfant né en mariage*, elle doit aussi lui préférer l'enfant adopté par le donataire, auquel elle accorde les mêmes droits.

N'oublions pas qu'il s'agit ici d'un simple droit de succession ab intestat et dont le législateur est l'arbitre ; or, nous croyons que le législateur a très-bien pu considérer que l'enfant donataire, en faisant une adoption, avait eu l'intention de transmettre à l'enfant de son choix sa succession tout entière et qu'il aura voulu, puisqu'il le pouvait, que cette intention fût accomplie. Et il arrivera presque toujours, en cas pareil, que l'adoptant ne songera pas à faire un testament, précisément parce qu'il voudra laisser la totalité de ses biens à cet enfant de son choix (comp. notre tome VI, n° 167; et Cass., 2 déc. 1822, Dev. et Car., *Collect. nouv.*, 7, I, 164; Delvincourt, t. II, p. 19, note 7; Toullier, t. II, n° 240; Duranton, t. VI, n° 220; Chabot, art. 740, n° 13; Malpel, n° 134; Demante, t. III, n° 56 *bis*, IX; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. III, n° 479; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 223; Massé et Vergé, tome II, p. 286).

509. — Mais que décider, si c'est un enfant naturel reconnu que le donataire a laissé?

Quel est, en ce qui concerne le retour successoral de l'ascendant, l'effet de la présence de cet enfant naturel?

D'après une opinion très-accréditée dans la doctrine, l'enfant naturel ferait obstacle au retour successoral pour la portion à laquelle il a droit dans la succession; et comme cette portion est alors de la moitié, puisqu'il y a au moins un ascendant du donataire, père de cet enfant naturel (art. 757), l'ascendant donateur ne devrait succéder qu'à la moitié des choses par lui données:

1° L'article 747, dit-on, n'appelle l'ascendant à succé-

der aux choses par lui données qu'autant que l'enfant donataire est décédé *sans postérité;*

Or, ce mot ainsi employé sans restriction comprend la postérité naturelle aussi bien que la postérité légitime; et la preuve en est que le législateur, dans le cas où il a voulu exclure la postérité ou la descendance naturelle, a pris le soin alors de s'en expliquer, comme dans les articles 351, 352, 960.

2° Cette déduction est d'ailleurs conforme au système général, d'après lequel notre Code a réglé les droits successifs des enfants naturels.

D'après l'article 757 l'enfant a, dans la succession du père ou de la mère qui l'a reconnu, une portion des droits qu'il aurait eus, s'il eût été légitime;

Or, s'il eût été légitime, il aurait recueilli tous les biens donnés par l'ascendant.

Donc, il doit, comme enfant naturel, en recueillir du moins une portion.

Il faut remarquer, en effet, d'une part, que c'est sur la succession totale que l'article 757 détermine les droits de l'enfant naturel, et d'autre part que les biens donnés par l'ascendant font partie de cette succession, puisque l'enfant donataire en était devenu propriétaire incommutable; il pourra souvent arriver même que ces biens forment, à eux seuls, toute la succession de l'enfant donataire; et le système qui prétend que le retour successoral de l'ascendant doit s'exercer à l'exclusion de l'enfant naturel du donataire, ce système n'aboutirait alors à rien moins qu'à destituer complétement l'enfant naturel de tous ses droits successifs, et même de sa réserve.

3° Enfin, on ajoute que cette doctrine dérive également de la nature même du droit de l'ascendant donateur, droit purement successoral, et qui laisse au donataire la libre et absolue disposition des choses données.

Il est certain, par exemple que le donataire aurait pu faire lui-même à son enfant naturel reconnu une donation

entre-vifs ou un legs, aux dépens des biens que son ascendant lui avait donnés (*infra*, nos 520, 521).

Or, cela étant, il y aurait eu, de la part du législateur, une double contradiction à décider que l'enfant naturel ne fait, pour aucune portion, obstacle au retour successoral; car, d'une part, le donataire par la reconnaissance même qu'il a faite de son enfant naturel, a disposé virtuellement à son profit d'une portion des biens donnés, correspondante à celle que la loi elle-même assurait à cet enfant dans sa succession; et d'autre part, le législateur qui défère toutes les successions d'après les affections et la volonté présumée du *de cujus*, ne pouvait pas méconnaître ici la volonté qu'avait certainement le donataire de laisser à son enfant naturel une partie du moins des choses données (comp. Delvincourt, t. II, p. 19, note 7; Toullier, t. II, n° 240; Duranton, t. VI, n° 219; Chabot, art. 747, n° 14, et Belost-Jolimont, observ. 2; Malpel, n° 134; Poujol, art. 747, n° 12; Favard de Langlade, v° *Succession*, sect. III, § 2, n° 8; Marcadé, art. 747, n° 3; Vazeille, art. 747, n° 17; Fouet de Conflans, art. 747, n° 6; Taulier, t. III, p. 154, 155; Demante, t. III, n° 56 *bis*, IX; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 224; Rodière, *Observ. sur l'arrêt du* 9 *août* 1854 (*cit. infra*), *J. du P.*, t. I, de 1856, p. 244).

510. — Nous pensons, au contraire, pour notre part, que l'enfant naturel du donataire ne fait, en aucune manière, obstacle au complet exercice du retour successoral de l'ascendant donateur :

1° Nous opposerons d'abord à la doctrine qui précède le dilemme que voici :

De deux choses l'une;

Ou l'enfant naturel est compris dans le mot : *postérité*, tel que l'article 747 l'emploie;

Ou il n'y est pas compris.

Dans le premier cas, il fait obstacle, pour le tout, au retour successoral;

Dans le second cas, il n'y fait, au contraire, obstacle pour aucune partie.

Nous concevons l'un ou l'autre de ces deux systèmes; mais le système mixte, d'après lequel l'enfant naturel ferait et ne ferait pas en même temps obstacle au retour, nous avons peine à le comprendre.

En effet, d'après l'article 747, l'ascendant succède *à l'exclusion de tous autres*, aux choses par lui données, lorsque le donataire décède *sans postérité.*

Voilà le texte! c'est tout ou rien; c'est, si j'osais m'exprimer ainsi, oui ou non!

S'il existe de la *postérité*, le retour successoral ne s'ouvre pas du tout.

S'il n'en existe pas, il s'ouvre.

Et dire qu'il s'ouvre, c'est dire nécessairement qu'il s'ouvre tout à fait, sans aucune concurrence; car, lorsqu'il succède aux choses par lui données, l'ascendant succède toujours seul, *à l'exclusion de tous autres!*

Or, prétendre que l'enfant naturel exclurait tout à fait l'ascendant donateur, cela était bien impossible! l'enfant naturel, en effet, n'exclut jamais aucun des parents légitimes (art. 757, 758).

Et voilà comment, dans l'impossibilité de faire exclure tout à fait l'ascendant donateur par l'enfant naturel, et ne voulant pas reconnaître que l'enfant naturel était tout à fait exclu par l'ascendant, voilà, dis-je, comment on a été conduit à cette espèce de transaction que nous venons d'exposer.

Mais nous croyons que cette transaction est impossible, et que l'enfant naturel ne peut invoquer, à l'appui de sa prétention sur les choses données, ni l'article 747, ni l'article 757, ni les principes généraux de cette matière.

2° D'abord, que le mot : *postérité*, dans l'article 747, ne s'applique pas à l'enfant naturel, la preuve en résulte de la place même de cet article dans le chapitre III, qui

ne s'occupe que des successions régulières et qui règle uniquement les relations héréditaires que produit la parenté légitime (*supra*, n° 496).

Ajoutons que cette expression, qui en général, dans les dispositions de la loi ou de l'homme, ne s'entend que de la postérité légitime (comp. Bordeaux, 4 déc. 1851, Masson, Dev., 1852, II, 35), que cette expression, dis-je, est ici spécialement restreinte à cette postérité par tous les articles qui précèdent et qui suivent cet article 747, et dans lesquels les mots *postérité, enfants, descendants et ascendants* désignent exclusivement les membres de la famille légitime (comp. art. 746, 748, 749, 750, 751).

Il est vrai que dans d'autres matières, le législateur a cru devoir ajouter le mot : *légitime* aux mots : *enfants,* ou *descendants,* ou *postérité* (art. 351 et 960); mais la Cour de cassation a fort justement répondu *que ces matières n'impliquaient point par elles-mêmes l'exclusion des enfants naturels*, et qu'il a paru alors prudent de prévenir les doutes qui auraient pu s'y élever.

Le doute n'était pas sérieusement possible dans l'article 747; et cela est si vrai, que quelques-uns des partisans de la doctrine que nous combattons conviennent qu'il n'est pas possible de fonder, sur l'article 747, le droit de l'enfant naturel, à l'encontre de l'ascendant donateur, et qu'ils n'invoquent pour lui que l'article 757 (comp. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 224, note 11).

3° Mais il nous paraît que cet article 757 n'est pas plus favorable à cette doctrine que l'article 747.

On dit : l'article 757 accorde à l'enfant naturel, en concours avec un ascendant, la moitié de la succession totale de ses père et mère; or, les biens donnés par l'ascendant font partie de cette succession; donc, l'enfant naturel doit en avoir la moitié.

Mais le vice de cet argument est facile à signaler :

Non! les biens donnés par l'ascendant ne font point

partie de la succession ordinaire de l'enfant donataire, si le retour successoral s'ouvre; car, s'il s'ouvre, les biens donnés forment, au contraire, une succession spéciale, tout à fait à part, distincte et indépendante de la succession aux autres biens; et l'ascendant donateur succède alors aux choses par lui données, *à l'exclusion de tous autres;*

Or, nous avons reconnu que le retour successoral s'ouvrait, malgré l'existence d'un enfant naturel du donataire, puisque celui-ci n'est pas compris dans le mot : *postérité;*

Donc, il est tout à fait inexact de dire que les biens donnés font alors partie de la succession ordinaire, sur laquelle sont réglés les droits de l'enfant naturel.

Le système contraire pourrait se trouver engagé dans des embarras fort sérieux. Que ferait-il, par exemple, si l'ascendant donateur n'acceptait que la succession particulière aux biens par lui donnés, et renonçait à la succession ordinaire, et si, par cette renonciation, la succession ordinaire se trouvait dévolue à des parents contre lesquels l'enfant naturel aurait les trois quarts (art. 757). Quelle part attribuerait-on à l'enfant naturel dans la succession aux biens donnés? les trois quarts? mais cela serait impossible contre un ascendant! La moitié! mais alors voilà que vous reconnaissez vous-même deux successions distinctes!

L'argument qui consiste à dire que si les biens donnés par l'ascendant formaient toute la succession du donataire, l'enfant naturel serait, d'après notre système, destitué de tout droit successif, cet argument ne nous ébranle pas. Et si l'ascendant, en effet, n'avait rien donné, est-ce qu'il n'en aurait pas été de même? Cette hypothèse, d'ailleurs, se rattache à une autre question plus générale, et que nous réservons, à savoir : si les biens donnés par l'ascendant doivent entrer dans la masse pour le règlement de la quotité disponible et de la réserve (*supra*, n° 491);

4° Enfin, la doctrine que nous défendons est en outre, à nos yeux, la plus conforme aux principes généraux et à toute la théorie sur laquelle repose, dans notre droit, le retour successoral.

On objecte que si le donataire avait disposé au profit de son enfant naturel des biens donnés, soit entre-vifs, soit par testament, la disposition serait valable. Eh! sans doute, puisque alors les biens ne se trouveraient plus dans la succession ab intestat, et que la loi ne serait plus chargée d'en régler elle-même la dévolution.

Mais lorsque, au contraire, le donataire n'en a pas lui-même disposé, lorsque le bien est là, je dirais presque *vacant*, et que c'est au législateur lui-même qu'il appartient d'en régler le sort, le législateur pouvait certainement, ou plutôt même il devait, d'après la pensée essentielle qui a inspiré l'institution du retour légal, il devait, disons-nous, faire retourner le bien à l'ascendant donateur, à l'exclusion de l'enfant naturel du donataire; car, certes, l'ascendant n'a pas compris dans sa volonté bienfaisante cet enfant naturel, qui lui est légalement étranger et dont l'existence même est une tache pour sa famille; et par conséquent la cause de sa libéralité est bien défaillie par le prédécès de son enfant donataire; or, ce sont là les deux conditions principales et essentielles qui ont fait introduire le retour successoral. Comment! l'ascendant exclut son propre fils, le frère légitime du donataire! et il n'exclurait pas l'enfant naturel de celui-ci! M. Rodière (*loc. supra, cit.*, n° 509) a écrit qu'il ne faut pas, pour régler ce retour successoral, *s'attacher à l'intention du donateur, mais à l'intention du donataire.* Mais nous croyons qu'il a méconnu en cela le caractère de *réversion* dont ce droit de *succession* est mêlé; car la réversion, précisément, se fonde sur l'intention du donateur dont le vœu a été trompé (*supra*, n° 480).

Que l'on ne dise pas que le donataire a disposé au

profit de son enfant naturel du bien donné, par cela seul qu'il l'a reconnu.

Rien ne serait plus inexact. Non! il n'y a là aucune disposition, aucune aliénation quelconque du bien donné; il y a une reconnaissance, c'est-à-dire un acte de l'état civil, qui établit des rapports de paternité et de filiation; mais quant aux effets qui en résultent, et surtout quant au droit de l'enfant reconnu sur la succession ab intestat de son auteur, c'est la loi elle-même et la loi toute seule qui souverainement les détermine.

Et pour cela, elle consulte ce qui est équitable, moral et honnête. Voilà pourquoi elle n'a pas voulu qu'un enfant naturel fît, en aucune manière, obstacle au retour successoral de l'ascendant donateur; elle ne l'avait pas voulu déjà en matière d'adoption (article 351); et il y aurait eu, de sa part, une contradiction manifeste à le vouloir en matière de succession légitime (comp. Cass., 3 juill. 1832, Lépine, D., 1832, I, 295; Douai, 14 mai 1851, Houlier, Dev., 1851, II, 497; Cass., 9 août 1854, mêmes parties, D., 1854, I, 265; Legentil, *Dissertations juridiques*, p. 42, 88 ; Paul Pont, *Revue crit. de jurisprud.*, 1852, p. 12, 13; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 326).

511. — Au reste, nous admettons nous-même que, dans le cas où l'enfant donataire a laissé à la fois un enfant légitime et un enfant naturel, celui-ci peut exercer sur la succession totale, y compris les biens donnés, les droits que l'article 757 lui confère.

Car alors la succession particulière de l'ascendant ne s'ouvre pas du tout, puisque le donataire a laissé une postérité légitime; et dès qu'elle ne s'ouvre pas, tous les biens sans distinction ne forment qu'une seule masse et qu'une succession unique.

La même solution devrait être donnée dans le cas d'un enfant adoptif, qui se trouverait en concours avec un enfant légitime de l'adoptant, survenu depuis l'adoption;

cette solution, disons-nous, devrait aussi être donnée par ceux qui penseraient que l'adopté lui-même et lui seul ne ferait pas obstacle au retour successoral de l'article 747.

C'est là une des hypothèses comme il s'en rencontre plus d'une fois dans le droit, où l'on applique cette maxime bien connue : *Non est novum in jure, ut quod quis ex persona sua non habet, ex persona alterius habeat* (comp. Pothier, *des Successions*, chap. II, sect. II, art. 3, § 1).

512. — Il ne nous reste plus, sur cette partie de notre sujet, qu'une dernière question à résoudre, à savoir : si l'ascendant peut recueillir les choses par lui données, non-seulement dans la succession de l'enfant donataire lui-même, mais encore dans celle des descendants de cet enfant, qui viendraient à mourir aussi avant lui sans postérité? (Comp. article 951.)

Pour l'affirmative, on a invoqué les traditions de l'ancien droit; certaines analogies déduites de plusieurs articles de notre Code; et les motifs essentiels sur lesquels le retour successoral est fondé :

1° C'était, dit-on, une maxime reçue autrefois, particulièrement sous l'empire des coutumes de Paris et d'Orléans, que *le donateur succède aux choses par lui données non-seulement dans la succession de son fils à qui il a donné..., mais encore dans celle de l'enfant de ce fils qui les a eues de la succession de son père*. C'est ainsi que Pothier lui-même s'exprime (sur l'article 315 de la coutume d'Orléans, note 4; ajout. *des Successions*, chap. II, sect. II, art. 3, § 2; Bretonnier sur Henrys, liv. II, chap. V, quest. 12; Ricard; *des Donat.*, IIIe part., chap. VII, sect. IV, n° 786);

Or, l'article 747 est presque textuellement conçu dans les mêmes termes que les articles 315 de la coutume d'Orléans et 313 de la coutume de Paris;

Donc, on doit penser que les rédacteurs de cet article,

en reproduisant la même formule, ont voulu qu'il continuât à recevoir la même interprétation dans le nouveau droit que dans le droit ancien.

2° L'article 352 dispose formellement que « si, du « vivant de l'adoptant, et après le décès de l'adopté, les « enfants ou descendants laissés par celui-ci mouraient « eux-mêmes sans postérité, l'adoptant succédera aux « choses par lui données. »

Or, il y aurait une sorte de contradiction dans la loi qui, en présence de deux hypothèses si semblables, refuserait à l'ascendant donateur une prérogative qu'elle accorde à l'adoptant.

3° Enfin, on ajoute que les motifs sur lesquels le retour successoral est fondé exigent aussi cette solution. Est-ce qu'en effet, l'ascendant n'est pas encore beaucoup plus digne de commisération et de faveur, lorsqu'il a vu mourir sous ses yeux deux générations de ses descendants? Est-ce que la cause de sa libéralité ne se trouve pas alors déçue, et de la façon même la plus cruelle pour lui? (Comp. Toulouse, 16 avril 1810, Picot, Dev. et Car., *Collect. nouv.*, III, II, 258; Delvincourt, t. II, p. 19, note 7; Malleville, t, II, p. 217, Vazeille, art. 747, n° 19; Garabis, *Revue étrangère et française*, 2ᵉ série, t. III, p. 496.)

Cette solution, toutefois, n'a pas triomphé; et on peut aujourd'hui considérer la solution contraire comme certaine dans la jurisprudence et dans la doctrine.

Elle nous paraît, en effet, aussi certainement la meilleure sous l'empire de notre Code;

1° Nous remarquerons d'abord que la thèse qui nous occupe n'avait pas été, dans l'ancien droit, aussi unanimement résolue qu'on le prétend. Lebrun même, en la posant, commence par dire que *c'est là une des grandes questions de cette matière* (liv. I, chap. v, sect. II, n° 32). Il est vrai, toutefois, que le sentiment le plus général s'était prononcé en faveur de l'ascendant; mais d'assez

nombreuses dissidences avaient toujours persisté (comp. Périer quest. 53; Canbolas, liv. I, chap. v; Ferrière, sur l'article 313 de la coutume de Paris; Lapeyrere, lettre A, n° 116, et lettre, n° 220; Laroche-Flavin, liv. VI, titre XLI, art. 15; Catelan, liv. V, chap. VIII).

Ajoutons, en ce qui concerne l'ancien droit sur cette question, que le retour successoral de l'ascendant n'était autrefois qu'un mode de succession aux propres; or, ce même motif, qui avait fait appeler l'ascendant à recueillir l'immeuble par lui donné, à savoir : que cet immeuble était un propre de son côté et ligne, ce même motif existait également dans la succession de l'enfant du donataire, où cet immeuble avait aussi la qualité de propre; et la vérité est que, d'après cette base du retour successoral, il y avait autant de raisons pour l'accorder dans la succession du descendant du donataire que dans celle du donataire lui-même. Mais aujourd'hui, nous n'avons plus ni propres ni acquêts; et dès lors, il n'est plus possible d'invoquer la raison sur laquelle on se fondait autrefois pour accorder le retour successoral à l'ascendant, dans la succession des descendants de l'enfant donataire.

Cela posé, le législateur du Code Napoléon connaissait l'état de cette question sous l'ancien droit; et dès lors, s'il s'est exprimé de manière à refuser dans ce cas, à l'ascendant donateur, le retour successoral, c'est évidemment qu'il aura voulu trancher en ce sens l'ancienne controverse.

Or, le texte même de l'article 747 ne peut laisser à cet égard aucun doute.

2° En effet, d'après cet article, l'ascendant n'est appelé à succéder qu'aux choses par lui données, et par conséquent en sa qualité de donateur, dans la succession de l'enfant ou du descendant personnellement donataire;

Or, dans la succession du descendant de l'enfant qui seul était donataire, 1° la chose n'est plus la chose *donnée;*

elle a été acquise au *de cujus*, à titre successif; *elle a souché*, comme on disait autrefois, en sa personne; 2° l'ascendant n'est pas *donateur;* ce n'est pas sa libéralité qui a placé cette chose dans la succession actuelle, où elle se trouve; 3° enfin, celui de la succession duquel il s'agit n'est pas *donataire* de l'ascendant;

Donc, on ne se trouve dans aucune des conditions requises par l'article 747, pour l'exercice du retour successoral.

Ce n'est pas sérieusement que l'on entreprendrait de dire que les descendants de l'enfant donataire sont eux-mêmes personnellement donataires! Ils le sont si peu, que s'ils n'avaient pas accepté la succession de l'enfant donataire prédécédé, ils n'auraient eu aucun droit aux choses données par l'ascendant; donc, ils ne les ont recueillies qu'en leur qualité d'héritiers.

Il est vrai que, dans le cas de l'article 1089, la donation de biens à venir est réputée faite aux époux et à leurs enfants ou descendants; mais il s'agit là, en effet, d'une donation de biens à venir, qui n'a pas saisi les donataires et qui devient seulement *caduque* par le prédécès du donataire et de sa postérité.

Il est vrai encore que, dans l'article 352, la loi appelle l'adoptant à recueillir les choses par lui données dans la succession des descendants de l'adopté décédé, avant lui, sans postérité; mais précisément, la loi, qui s'est expliquée ainsi en termes formels, lorsqu'elle a voulu étendre jusque-là le retour successoral, n'a rien fait de semblable dans l'article 747, qui, au contraire, restreint nettement le retour au cas de prédécès du donataire lui-même sans postérité; et on conçoit d'ailleurs la raison de différence qui a pu déterminer le législateur; c'est que les parents, les héritiers ordinaires de l'adopté, sont étrangers à l'adoptant, et que, s'il ne recueille pas lui-même les biens qu'il a donnés, ces biens seront à jamais perdus pour sa famille, tandis qu'il n'en est pas ainsi des parents

des descendants de l'enfant donataire vis-à-vis de l'ascendant donateur; et voilà aussi pourquoi l'article 351 accorde aux descendants de l'adoptant un droit de retour successoral que l'article 747 n'accorde pas aux descendants de l'ascendant donateur.

3° Cet argument déduit du texte de notre article 747 nous paraît tranchant; et si favorable que puisse être le droit de l'ascendant donateur, il n'en constitue pas moins, dans le système général de notre Code, une exception toute spéciale, puisqu'on y tient compte de l'origine des biens pour en régler la succession (art. 732); or, une exception de ce genre ne saurait être étendue.

On ne pourrait pas d'ailleurs l'étendre, sans s'exposer à des difficultés véritablement insolubles. Quelle serait, par exemple, la décision du système contraire, dans l'hypothèse suivante : un père a donné une chose à son fils, qui l'a donnée à son fils, petit-fils du premier donateur (*supra*, n° 501). Le petit-fils vient à mourir sans postérité avant son aïeul et avant son père; lequel des deux de l'aïeul ou du père, exercerait alors le retour successoral? Pothier répond que *le père, comme le plus proche et comme le donateur immediat, doit être préféré à l'aïeul* (*loc. sup. cit.*). Mais ceci serait aujourd'hui tout à fait arbitraire; dans cette succession toute spéciale, à laquelle l'ascendant donateur est appelé *l'exclusion de tous autres*, il n'y a ni plus proche ni plus éloigné; et si l'aïeul et le père devaient être tous les deux considérés comme donateurs de la même chose dans cette succession, la vérité est qu'il n'y aurait pas de raison, dans ce système, pour l'attribuer à l'un plutôt qu'à l'autre.

N'hésitons donc pas à conclure que le père, dans ce cas, serait le seul donateur, et qu'à lui seul, en conséquence, appartiendrait le retour successoral.

On reproche à notre solution sa dureté envers l'ascendant; et on a même supposé un cas où cette dureté, dit-on, serait véritablement excessive : c'est celui où la fille

dotée par son père étant morte en donnant le jour à son premier enfant, cet enfant viendrait lui-même à mourir peu de temps, quelques heures ou moins encore seulement après sa mère; sa survie, si courte qu'elle eût été, ne lui aurait pas moins fait recueillir la succession de sa mère; et par conséquent, d'après le système qui refuse à l'ascendant le retour successoral dans la succession de son petit-fils, la verité est que cet ascendant se trouve ici dépouillé du bien pour ainsi dire au moment même de la mort de sa fille donataire, sans que ce bien ait eu le temps de *soucher* dans la personne de son petit-enfant!

Nous ne répondrons pas, comme on l'a fait (Marcadé, art. 747, n° 4), que l'ascendant doit s'imputer de n'avoir pas stipulé le retour conventionnel. Cette réponse n'est pas ici, suivant nous, tout à fait satisfaisante; car, précisément le retour successoral a été introduit par ce motif que l'ascendant souvent, afin d'être plus libéral envers son enfant, n'aura pas voulu lui conférer seulement un droit résoluble. Mais tout en reconnaissant que le cas proposé serait très-favorable pour l'ascendant, nous dirons qu'il n'en est pas moins compris dans la règle que la loi a posée, et qu'il ne pouvait pas même en être excepté, dès que l'on posait la règle (comp. Agen, 20 févr. 1807, Cathus, Sirey, 1807, II, 204; Toulouse, 9 janv. 1815, Pélissier, Dev. et Car., *Collect. nouv.*, 5, II, 5; Cass. 18 août 1818, Grellet, Sirey, 1818, I, 370; Nîmes, 14 mai 1819, Nury, Sirey, 1820, II, 38; Cass., 30 nov. 1819, Gouneau, Sirey, 1820, I, 107; Agen, 9 nov. 1847, Delafayé, D., 1848, II, 33; Cass., 20 mars 1850, mêmes parties, Dev., 1850, I, 388; Bastia, 21 août 1848, Benetti, Dev., 1849, II. 121; Merlin, *Rép.*, v° *Réserve*, sect. II, § 2, n° 3, et v° *Success.*, sect. III, § 2, n° 1; Toullier, t. II, n° 243; Duranton, t. VI, n° 216; Chabot, art. 747, n° 12; Malpel, n° 133; Poujol, art. 747, n° 22; Demante, t. III, n° 56 *bis;* Taulier, t. III, p. 156; D., *Rec. alph.* (nouv. édit.), v° *Success.*, t. XLI,

p. 217, 219, nos 253, 254; Coin-Delisle, *Revue crit. de Jurisprud.*, 1857, t. XI, p. 209.)

§ III.

A quelles choses s'applique le retour successoral.

SOMMAIRE.

513. — Et d'abord il faut que la chose ait été donnée, c'est-à-dire livrée à titre gratuit par l'ascendant.
514. — Il faut qu'elle ait été donnée entre-vifs.
515. — Mais dès qu'il y a eu donation entre-vifs, la chose donnee est soumise au retour successoral, de quelque manière que la donation ait été faite.
515 *bis*. — Suite.
516. — Le retour légal s'applique à toute espèce de biens donnés, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels.
517. — Il faut que les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession. — Exposition.
518. — L'ascendant succède : A, soit à la chose donnée, si elle se retrouve en nature ; — B, soit au prix encore dû de la chose aliénée ; — C, soit à l'action en reprise que pouvait avoir le donataire.
519. — A. Et d'abord, la règle essentielle à cet égard, c'est que l'ascendant succède aux objets mêmes qu'il a donnés, lorsque ces objets se retrouvent en nature, c'est-à-dire *in specie*, identiquement les mêmes. — Conséquences.
520. — *Quid*, si l'enfant donataire a aliéné l'objet à titre gratuit par une donation entre-vifs ou par une donation de biens à venir ?
521. — *Quid*, si le donataire a disposé par testament de l'objet donné ?
522. — L'ascendant donateur a-t-il droit, en cette qualité, à une réserve sur les biens donnés ?
523. — Dans quels cas l'enfant aura-t-il disposé, en tout ou en partie, des biens donnés ?
524. — B. Si les objets ont été aliénés, l'ascendant recueille le prix, qui peut encore en être dû. — Comment expliquer cette disposition ?
525. — Suite. — *Quid*, si le donataire qui a vendu l'objet avait renoncé au droit de demander la résolution pour défaut de payement du prix, ou s'il l'avait perdu ?
526. — Suite.
527. — *Quid*, si l'objet donné a été aliéné moyennant une rente ?
528. — Lorsque le prix a été payé, c'en est fait irrévocablement du droit de retour.
529. — C. Les ascendants succèdent aussi à l'action en reprise que pouvait avoir le donataire. — Explication.
530. — Exemples d'actions en reprise.
531. — Des reprises matrimoniales.
532. — Suite.
533. — Suite.

515. — Les ascendants, dit notre article 741, succèdent *aux choses par eux données.*

Et d'abord, il faut, bien entendu, que la chose ait été *donnée*, c'est-à-dire que le titre en vertu duquel elle a été transmise par l'ascendant à son descendant, ait été un titre lucratif, une libéralité.

D'où la conséquence que le retour légal ne saurait avoir lieu, à l'égard des choses qui auraient été transmises par des actes véritablement à titre onéreux, lors même que ces actes auraient été improprement qualifiés donations (comp. Nancy, 31 janv. 1833, Baradel, D., 1834, II, 172; Trib. civ. de la Seine, 6 juill. 1849, Rossignol, D., 1849, III, 76; ajout. Agen, 12 juill. 1836, Sousseyrac, D., *Rec. alph.* (nouv. édit.), v° *Succes.*, t. XLI, p. 212, n° 228.)

514. — Il ne s'agit aussi évidemment que des choses données entre-vifs, qui sont parties des mains de l'ascendant, et qui sont ainsi susceptibles d'y retourner héréditairement (art. 894, 938, 1081).

Le retour successoral, par sa nature même, ne saurait être appliqué aux legs ni même aux donations de biens à venir par contrat de mariage.

En cas de prédécès du légataire avant le testateur, ou du donataire de biens à venir avant le donateur, le legs ou la donation sont caducs (art. 1039, 1089) ; et la caducité, qui fait que le disposant n'aura jamais été dessaisi, est essentiellement exclusive de toute espèce de droit de retour (comp. Cass., 12 juin 1832, Bergay, D., 1832, I, 225 ; Duranton, t. VI, n° 200).

515. — Mais, dès qu'il y a eu donation entre-vifs, la chose donnée est soumise au retour successoral, de quelque manière d'ailleurs que la donation ait été faite :

A. Par contrat de mariage ou par tout autre mode de donation entre-vifs (comp. Cass., 30 nov. 1819, Gouneau, Sirey, 1820, I, 107 ; Grenoble, 16 janv. 1828, Pion, D., 1828, II, 241 ; Merlin, *Répert.*, v° *Réserve*, sect. II, § 2, n° 3) ;

B. Au moyen d'une attribution de lots, dans un partage fait par un ascendant entre ses enfants ou descendants (art. 1075 ; comp. Montpellier, 11 avril 1833 ; Deltour, D., 1833, II, 172 ; Lyon, 2 avril 1840, Naville ; et Douai, 14 mai 1851, Houlier, Dev., 1851, II, 497, et note 1 ; Orléans, 25 juill. 1853, Moreau, Dev., 1863, II, 196 ; Merlin, *Répert.*, v° *Partage d'ascendants*, n° 19 ; Grenier, *des Donat.*, t. I, n° 398 ; Toullier, t. V, n° 814 ; Grenier, *des Donat.*, n° 398 ; Genty, *des Partages d'ascendants*, p. 285 ; Marcadé, art. 1878, n° 2, Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 478 ; Massé et Vergé, t. II, p. 288) ;

C. A titre d'avancement d'hoirie, ou par préciput et avec dispense de rapport (art. 843, 919) :

D. Directement ou indirectement (arg. de l'article 843) ;

E. Soit de la main à la main, si la preuve en était acquise; soit sous la forme d'un acte à titre onéreux, ou par personnes interposées, si la preuve en résultait, par exemple, de l'aveu des parties ou du serment; car nous ne croyons pas d'ailleurs qu'en règle générale, l'ascendant lui-même fût recevable à prouver par témoins ou par présomptions, que l'acte à titre onéreux qu'il aurait consenti, n'est qu'une libéralité. Mais dans le cas où la preuve s'en trouverait acquise, le retour légal devrait d'autant plus avoir lieu, qu'il constitue une succession. à laquelle on ne peut pas renoncer d'avance (art. 791).

515 *bis*. — L'ascendant est-il fondé à réclamer, en vertu de l'article 747, les choses qu'il aurait données *à titre de présents d'usage*, dans les termes de l'article 852, les bijoux, les montres, les tableaux et autres objets de ce genre, que l'on a coutume de donner à l'époque des mariages, des fêtes, des anniversaires, et autres circonstances semblables?

On pourrait dire peut-être, en faveur de l'affirmative, que le texte est très-général, et qu'il appelle, sans distinction, l'ascendant à succéder *aux choses par lui données*.

Nous ne le croyons pas ainsi néanmoins :

Pourquoi ces sortes de petits dons, ces *présents*, comme dit l'article 852, ne sont-ils pas soumis au rapport? c'est que la loi ne les considère pas comme de véritables *donations*, dont le résultat soit de diminuer le patrimoine de l'un, ni d'augmenter le patrimoine de l'autre; elle n'y voit, et très-justement, que de simples *cadeaux*, qui n'appauvrissent pas celui qui donne, et qui n'enrichissent pas celui qui reçoit; et elle ne veut pas dès lors qu'on suive la trace de ces petits objets. *De minimis non curat prætor;*

Or, tous ces motifs sont applicables au retour successoral; l'article 747 a été fait pour encourager et favoriser les vraies donations, les donations plus importantes,

dans l'intérêt du mariage et de l'établissement des enfants;

Donc, le retour successoral ne s'applique pas aux simples *présents d'usage*, en tant, bien entendu, qu'il est reconnu en fait, que la libéralité, à raison de la nature et de la valeur de l'objet, n'a eu que ce caractère (comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. VI, n° 453).

516. — L'article 747 appelle, dans les termes les plus généraux, les ascendants à succéder *aux choses* par eux données.

A toutes les choses donc (c'est-à-dire à tous les biens), par eux données, corporelles ou incorporelles, meubles ou immeubles, sous la condition toutefois, que nous allons examiner, qu'elles se retrouvent en nature (*infra*, n° 517).

La réversion légale ne s'appliquait, au contraire, dans les anciens pays coutumiers, qu'aux seuls immeubles; c'est ce qu'enseigne Pothier sur l'article 315 de la coutume d'Orléans, qui appelait pourtant aussi les ascendants à succéder *ès choses par eux données* (note 3; et *des Success.*, chap. II, sect. II, art. 3, § 2). Mais c'est qu'à cette époque, l'ascendant donateur ne recueillait les choses par lui données que comme héritier aux propres dans la succession du donataire; et on sait que cette qualité de propres n'appartenait qu'aux immeubles. « La réversion légale, disait Lebrun, n'est parmi nous qu'une préférence dans les propres; c'est un des cas, et des plus favorables de la règle *paterna paternis.* » (Liv. I, chap. v, sect. II, n° 49.)

Nous n'avons plus aujourd'hui rien de semblable; et il n'y avait pas dès lors de raison pour restreindre à telle ou telle espèce de biens le droit de l'ascendant donateur.

517. — Mais il faut que *les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession.*

Cette condition est très-importante, d'autant plus

qu'elle a soulevé de nombreuses controverses, qui en ont fait l'une des parties les plus délicates de notre sujet.

Nous allons exposer d'abord les déductions immédiates qui résultent, sous ce rapport, de l'article 747; et nous examinerons ensuite les différents systèmes d'interprétation auxquels il a donné lieu.

518. — Rappelons d'abord deux propositions bien certaines :

D'une part, l'ascendant n'est appelé à succéder qu'en sa qualité de donateur, et, par conséquent, aux choses seulement qu'il a données;

D'autre part, il est appelé comme héritier ab intestat, et tenu, par conséquent aussi, en cette qualité, de respecter tous les engagements et tous les actes émanés du donataire, qui est son auteur et qu'il représente.

C'est sur ces deux propositions que repose la règle fondamentale, que nous avons à examiner ici, à savoir :

Que l'ascendant ne succède aux choses par lui données qu'autant qu'elles se retrouvent en nature dans la succession.

L'article 747 ajoute à cette règle deux dispositions, qui n'en sont, comme nous l'allons voir, que les conséquences et le développement, c'est-à-dire :

Que l'ascendant succède également :

Soit au prix de la chose donnée, s'il est encore dû;

Soit à l'action en reprise que pouvait avoir le donataire.

Eh bien! donc, avant d'aborder les systèmes d'interprétation que cette partie de notre article a fait naître, précisons d'abord le sens exact et déterminé que présentent, suivant nous, ces trois propositions :

A. Que l'ascendant ne succède aux choses par lui données qu'autant qu'elles se retrouvent en nature;

B. Qu'il succède au prix s'il est encore dû;

C. Qu'il succède aux actions en reprise que pouvait avoir le donataire.

519. — A. Et, d'abord, la règle fondamentale, à cet égard, c'est que l'ascendant succède aux objets par lui donnés, *lorsque ces objets se retrouvent en nature dans la succession.*

En nature, notez bien ces mots ! c'est-à-dire les mêmes objets qui ont été donnés, *identiquement, in specie !*

Telle est la disposition première, principale, et, nous le répétons, fondamentale de l'article 747, en tant qu'il détermine la condition à laquelle est soumis, sous ce rapport, l'exercice du retour successoral ; et cette condition est reproduite exactement, dans les mêmes termes, par les articles 351 et 766, qui démontrent que telle est bien, en effet, partout, dans notre Code, la condition essentielle de l'exercice de cette espèce de droit.

De là, il résulte que si le donataire a aliéné l'objet donné, s'il l'a grevé de charges quelconques, d'usufruit, de servitudes ou d'hypothèques, l'ascendant ne succède pas du tout dans le cas où l'aliénation a été totale, et qu'il ne succède qu'à l'objet amoindri et grevé, dans le cas d'une aliénation partielle ou d'une simple constitution de charges ;... *sans préjudice des droits des tiers*, a dit l'article 351 ; et il est évident que cette déclaration est également sous-entendue dans notre article 747.

Notons seulement cette différence entre une constitution d'usufruit ou de servitude et une constitution d'hypothèque, que tandis que l'usufruit ou la servitude entame et diminue la propriété même de l'immeuble donné, l'hypothèque ne fait que l'envelopper, pour ainsi dire, sans la fractionner ; car elle n'est qu'un gage ; de telle sorte que l'ascendant donateur, qui, par l'effet de l'hypothèque aurait été forcé de payer au delà de sa part contributoire, aurait un recours, pour cet excédant, contre ceux qui en étaient tenus personnellement (art. 2114, 873, 874, 875 ; comp. Duranton, t. VI, n° 214; *voy.* toutefois *infra*, n° 554).

520. — Et il n'y a pas à distinguer entre les alié-

nations à titres onéreux et les aliénations à titre gratuit.

Plusieurs auteurs s'élevaient autrefois contre cette doctrine ; et Bretonnier considérait même les donations faites par l'enfant donataire comme *sacriléges !* (Voy. aussi Guy-Coquille sur l'article IX du titre *des Donations* de la coutume de Nivernais.)

Mais, dit l'ancien Denizart, *leurs clameurs ont été impuissantes ;* et on a toujours jugé que le retour légal n'empêchait pas de disposer à titre gratuit des biens disponibles (t. IV, v° *Retour*, n° 40).

Une donation entre-vifs, que l'enfant aurait faite de l'objet à lui donné, ne serait donc pas moins opposable à l'ascendant qu'une vente (art. 894).

Il en serait ainsi d'une donation de biens à venir faite par l'enfant et dans laquelle se trouverait comprise la chose à lui donnée par son ascendant (art. 1082).

521. — La même décision est applicable au cas où l'enfant n'aurait disposé que par testament de l'objet à lui donné par son ascendant.

Quelques-uns avaient pensé autrefois le contraire ; Domat inclinait même vers ce dernier parti, par ce motif que *les dispositions testamentaires ne sont pas de la même nécessité pour l'usage de la donation que l'est la liberté d'engager et d'aliéner, et qu'elles ne sont pas non plus de l'intention du donateur....* (*Lois civ.*, liv. II, tit. II, sect. III, n° 5.)

On a entrepris de soutenir encore cette doctrine sous notre Code ; on s'est fondé principalement sur ce motif que la chose, quoique léguée par testament, ne s'en retrouvait pas moins en nature dans la succession, à la différence de la chose donnée entre-vifs, qui en était sortie, et que l'on avait pu, en conséquence, tout en préférant à l'ascendant le donataire entre-vifs, qu'il aurait fallu évincer, si le retour successoral avait eu lieu, préférer l'ascendant au légataire, qui n'a encore acquis aucun

droit sur la chose (comp. Agen, 13 mars 1817, Roques, Sirey, 1822, II, 300 ; Agen, 11 déc. 1827, Amouroux, Sirey, 1829, II, 74, arrêt cassé, *infra* ; Benoît, *de la Dot*, t. II, nº 107 ; *Dissertation* insérée au *Moniteur universel* des 12, 13 et 19 août 1830).

Mais cette doctrine n'a pas réussi, et elle ne pouvait pas réussir ; car elle est tout à la fois contraire au texte de l'article 747 et au caractère essentiel de notre retour successoral :

1° En effet, lorsque l'article 747 exige, pour l'exercice du retour successoral, que *les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession*, il est manifeste qu'il veut qu'ils s'y retrouvent comme éléments de la succession ab intestat, dont la loi va faire le règlement, et, par conséquent, comme appartenant à cette succession ;

Or, d'après l'article 1014, le légataire a droit aux objets légués dès le jour du décès du testateur ;

Donc, ces objets n'appartiennent point à la succession ab intestat ; donc, ils ne peuvent pas être compris dans le règlement de cette succession.

Il importe peu que l'héritier légitime soit saisi de tous les biens et que le légataire doive lui demander la délivrance ; la chose léguée ne fait pas plus, pour cela, partie intégrante de la succession, qu'une chose qui aurait été empruntée par le *de cujus*, ou qu'un tiers aurait déposée chez lui.

Et il n'y aurait pas davantage à distinguer le legs pur et simple d'avec le legs conditionnel ; car il y a, dans l'un comme dans l'autre, une disposition émanée du *de cujus*, d'où résulte pour le légataire un droit qui, dans tous les cas, que le legs soit conditionnel ou pur et simple, appartient *cum sua causa* au légataire *a die mortis*.

2° Le caractère essentiel du retour successoral, dans notre droit, exige aussi nécessairement cette solution.

L'ascendant a donné purement et simplement, sans condition ; et le droit de l'enfant donataire était dès lors

pure et simple, absolu et incommutable. Eh bien, nous avons vu que la loi ne l'a pas dénaturé, et qu'elle l'a laissé, au contraire, ce qu'il était, avec le droit, pour l'enfant, de disposer de la maniere la plus absolue de l'objet qui était sa propriété (art. 544 ; *supra*, n° 481). Si donc, il a légué cet objet, il a usé de son droit, et tout est dit. Seulement, lorsqu'il n'en a pas disposé, lorsque cet objet est là, dans la succession ab intestat, dont le règlement lui appartient, la loi y appelle l'ascendant ; mais, encore une fois, elle ne l'y appelle qu'autant que le bien peut être compris dans le règlement de la succession ab intestat. Aussi, déjà, dans notre ancien droit, enseignait-on que les *donations entre-vifs et testamentaires* faisaient obstacle à la réversion légale (Lebrun, liv. I, chap. v, sect. II, n° 67) ; et c'est là un point encore certain aujourd'hui (comp. Riom, 12 fév. 1324, Saint-Massal, Sirey, 1826, II, 119 ; Montpellier, 31 mai 1825, Reboul, Sirey, 1826, II, 14 ; Besançon, 30 juill. 1828, Thurel, D., 1829, II, 158 ; Grenoble, 8 avril 1829, Clément, D., 1830, II, 264 ; Cass., 16 mars 1830, Sombal, Dev., 1830, I, 145 ; Bordeaux, 15 avril 1831, mêmes parties, Dev., 1831, II, 177 ; Cass., 2 janvier 1838, Bercher, D., 1838, I, 634 ; Bordeaux, 23 août 1854, Renard, Dev., 1854, II, 598 ; Cass., 14 fév. 1855, mêmes parties, Dev., 1855, I, 185 ; Merlin, *Rép.*, v° *Réversion*, sect. I, § 2, art. 2 ; Toullier, t. II, n° 234 ; Duranton, t. VI, n°s 223 et 227 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 232 ; D., *Rec. alph.* (nouv. édit.), v° *Success.*, t. XLI, p. 215, n° 240 ; Chabot, art. 747, n° 29 ; Malpel, n° 133 ; Poujol, art. 747, n° 22).

522. — Tout ce que l'on pourrait prétendre en faveur de l'ascendant, c'est qu'il a droit à une réserve sur les biens donnés ; mais cette prétention même serait la reconnaissance du droit qui appartenait à l'enfant de disposer à titre gratuit ; car l'ascendant ne pourrait plus, à ce titre de réservataire, agir en nullité, mais seule-

ment en réduction des libéralités que l'enfant aura faites; et cette action en réduction pourrait s'attaquer non-seulement aux legs, mais même aux donations entre-vifs (art. 920).

Mais nous établirons plus tard (dans le titre *des Donations entre-vifs et des Testaments*, sur l'article 915), que l'ascendant donateur ne saurait réclamer une réserve dans la succession anomale que lui défère l'article 747, en dehors des règles générales de la succession ordinaire.

Et vraiment, la preuve en ressort déjà d'elle-même de notre article 747 qui n'appelle l'ascendant à succéder aux choses par lui données *qu'autant qu'elles se retrouvent en nature dans la succession*. D'où il suit qu'il ne succède pas lorsqu'elles ne s'y retrouvent pas en nature; or, s'il ne succède pas, s'il n'est pas même alors *héritier*, il ne saurait être héritier *réservataire*. Et cette solution est éminemment conforme au caractère du retour successoral. Le législateur (comme nous l'avons déjà dit) n'a pas ici le parti pris, la résolution arrêtée de rendre ces biens à l'ascendant donateur, malgré tout et quand même! mais seulement dans le cas où l'enfant donataire n'en ayant pas disposé, ces biens se trouvent encore dans la succession ab intestat, dont il règle la dévolution (*voy.* notre tome VI, n° 180; comp. Marcadé, art. 747, n° 9; Demante, t. III, n° 57 *bis*, II).

523. — Dans quels cas l'enfant aura-t-il disposé, en tout ou en partie, des biens donnés?

Il n'y aura pas, à cet égard, d'incertitude possible, lorsque la disposition s'appliquera déterminément et individuellement à ces biens eux-mêmes.

On peut supposer que l'enfant a disposé soit entre-vifs (ce qui sera très-rare), soit par contrat de mariage ou par testament (ce qui sera beaucoup plus ordinaire), d'une partie aliquote de tous ses biens, ou d'une certaine espèce de ses biens, de ses meubles ou de ses immeubles.

Cette hypothèse ne saurait non plus soulever en général,

de difficulté sérieuse ; et il est clair que les biens donnés par l'ascendant se trouveront compris dans la disposition faite par le donataire, soit pour le tout, soit pour partie, suivant le caractère de cette disposition.

Si donc l'enfant, par exemple, a disposé de tous ses biens, le retour successoral sera anéanti pour le tout ; de même qu'il ne sera, au contraire, anéanti que pour moitié, si l'enfant n'a disposé que de la moitié de ses biens.

Si l'enfant a disposé de tous ses immeubles, ou de la moitié de ses immeubles, le retour successoral ne sera nullement atteint, si les objets donnés par l'ascendant sont des meubles ; mais il sera anéanti pour le tout ou pour la moitié, si ce sont des immeubles ; et réciproquement (comp. Chabot, art. 747, n° 20 ; Duranton, t. VI, nos 225, 226).

524. — B. L'article 747 ajoute que « si les objets ont « été aliénés, les ascendants recueillent le prix qui peut « en être dû. »

Comment expliquer cette disposition, après la règle qui vient d'être posée d'abord dans le premier alinéa de ce même article ?

Beaucoup ont répondu que le législateur avait admis que le prix était alors subrogé à la chose, et qu'il la représentait.

Nous ne laisserons point passer cette idée de subrogation, sans y attacher de suite notre protestation la plus formelle ; car on va voir qu'elle est devenue, dans cette matière, la base de toute une théorie, qui (du moins, à notre estime), s'est profondément écartée du véritable sens de l'article 747.

Nous ne croyons pas du tout que la loi, pour appeler l'ascendant à succéder au prix encore dû de la chose aliénée, se soit fondée sur ce motif que le prix était subrogé à la chose elle-même.

Comment ! l'article 747 venait de déclarer que l'as-

cendant ne succède qu'autant que les choses par lui données se retrouveront *en nature*, *in specie*, dans leur individualité même identique et matérielle.

Et immédiatement, il aurait déclaré que l'ascendant succède à une chose tout autre que celle par lui donnée, parce que cette chose en serait la représentation !

Mais la contradiction et l'inconséquence seraient flagrantes.

Il n'en est rien.

Dans la pensée du législateur, le second alinéa de l'article 747 n'est pas le renversement de la règle principale, ou plutôt de la règle unique, qu'il vient de poser dans le premier alinéa; il n'en est que la déduction et l'application.

En conséquence, si l'ascendant succède au prix encore dû de l'objet aliéné, c'est que le législateur a considéré que l'aliénation de la chose n'était encore, tant que le prix n'avait pas été payé, ni complète, ni définitive ; il a considéré qu'elle n'était pas complète, par un souvenir sans doute des anciens principes, très-éloigné, nous en convenons, de nos principes modernes, mais qui semble bien pourtant avoir encore ici exercé un reste d'influence (Inst., *de rer. div.*, § 41) ; il a considéré qu'elle n'était pas définitive, puisqu'à défaut de payement du prix, le donataire vendeur pouvait, au moyen d'une action en résolution, recouvrer, *ex causa antiqua*, l'objet aliéné.

Et voilà comment il a été conduit à décider que l'action en payement du prix de la vente ou de l'adjudication de la chose donnée constituait une sorte d'action en reprise, éventuelle du moins, de la chose elle-même en nature; et il a appliqué la maxime : « Qui actionem « habet ad rem recuperandam, rem ipsam habere vide- « tur. » (L. XV, ff. *de regul. juris;* art. 526, 1301, 1384, 1654; ajout. Cass., 7 févr. 1827, Sorain, D., 1827, I, 134 ; *voy.* notre tome VI, n° 181.)

525. — On a objecté que l'ascendant donateur n'en succéderait pas moins au prix encore dû, lors même que le donataire vendeur aurait renoncé au droit de demander contre l'acquéreur la résolution de la vente pour défaut de payement de prix ; et on en a conclu que ce n'était pas dès lors parce qu'elle tendait éventuellement à faire revenir l'objet aliéné dans le patrimoine du vendeur, que l'ascendant succédait à la créance du prix (comp. Mourlon, t. II, p. 54, qui cite en ce sens M. Valette).

Mais cette objection ne nous paraît prouver qu'une chose, c'est qu'il arrive plus d'une fois qu'une hypothèse spéciale se trouve comprise dans un texte général où le législateur a eu en vue les hypothèses les plus ordinaires et les plus communes. Nous croyons qu'il faut appliquer, en cas pareil, le texte général à toutes les hypothèses, sans distinction, même aux hypothèses particulières, dans lesquelles ne se rencontrent pas les motifs qui ont déterminé le législateur. Et nous accorderions en conséquence, aussi le retour successoral pour le prix encore dû, lors même que le donataire vendeur aurait renoncé à son droit de résolution, ou qu'il en aurait été déchu pour ne l'avoir pas fait inscrire, aux termes de la loi du 23 mars 1855 (art. 7).

Mais de ce que la généralité du texte comprend ces cas singuliers, il ne s'ensuit nullement que la règle qu'il consacre, n'ait pas été faite pour les cas ordinaires, dans lesquels l'action en payement du prix est toujours accompagnée de l'action en résolution de la vente.

526. — L'ascendant succède, disons-nous, au *prix encore dû :*

Au prix, soit en argent, soit même en denrées ou marchandises, tant que ce prix, quel qu'il soit, n'étant pas encore payé, l'aliénation ne peut pas être considérée comme complète ni comme définitive (art. 1184, 1654 ; comp. Marcadé, t. II, n° 8).

527. — Mais que décider, dans le cas où l'objet donné aurait été aliéné moyennant une rente ?

Marcadé enseigne que l'ascendant ne succédera pas, dans ce cas, à cette rente, « parce qu'une fois que le droit de rente est établi et entré dans le patrimoine du donataire, le prix est payé et l'aliénation est consommée. » (*Loc. supra cit.*)

Nous ne saurions adopter cette solution ; et il nous suffit, en ce point, de nous référer aux développements que nous avons fournis ailleurs, et par lesquels nous croyons avoir démontré que celui qui a vendu un immeuble moyennant une rente perpétuelle, conserve tout aussi bien que celui qui l'a vendu moyennant un capital, le privilége et le droit de résolution (comp. notre t. IX, nos 431, 434 ; ajout. Chabot, art. 747, n° 18 ; Vazeille, art. 747, n° 20 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 235).

528. — Notons bien que lorsque le prix est une fois payé, c'en est fait irrévocablement du retour successoral.

L'ascendant ne serait, en aucun cas, recevable à prétendre que ce prix est encore là, dans la succession, sans qu'il en ait été fait emploi, ou qu'il est représenté dans tel ou tel emploi qui en aurait été fait (*infra*, n° 542).

Lorsque M. Malleville (sur l'article 747) autorise l'ascendant à reprendre le prix des biens aliénés, *lorsque*, dit-il, *le donataire a employé ce prix à payer des dettes existantes au jour de la donation*, il nous paraît évident qu'il viole le texte même de la loi non moins que le motif essentiel sur lequel ce texte est fondé.

Ce n'est encore une fois, d'après le texte formel de notre article, qu'autant que *le prix est encore dû*, que l'ascendant y succède.

Nous aurons bientôt à déduire des conséquences importantes de ce principe (*infra*, nos 543 et suiv.).

529. — C. Enfin l'article 747 dispose que les *ascen-*

dants succèdent aussi à l'action en reprise que pouvait avoir le donataire.

C'est là encore, et bien plus directement même que pour ce qui concerne le prix encore dû de la chose aliénée, une application directe et *topique* de la règle qui appelle l'ascendant à succéder à la chose elle-même en nature, qui a été donnée par lui.

On suppose que cette chose est sortie des mains du donataire et qu'elle ne se trouve pas actuellement elle-même en nature dans la succession, mais qu'il s'y trouve une action pour l'y faire rentrer à son ancien titre, *ex causa primæva et antiqua,* comme si elle n'en était jamais sortie, *quasi jure quodam postliminii,* ainsi qu'auraient dit encore nos anciens (*supra*, n° 476).

Et alors on applique très-justement la maxime romaine : « Rem in bonis nostris habere intelligimur, quo- « ties possidentes, exceptionem ; aut amittentes, ad recu- « perandam eam actionem habemus. » (L. 52, ff. *de adquir. rer. domin.*; *voy.* notre t. IX, n° 330.)

530. — Une action en réméré (art. 1673), ou en résolution pour défaut de payement du prix ou d'inaccomplissement des conditions (*supra*, n° 524); une action en rescision pour cause de lésion (art. 1681); une action en nullité ou rescision pour vice de forme, incapacité, erreur, dol ou violence (art. 1119, 1125, etc.); et toutes les actions semblables, qui tendent à anéantir *in præteritum,* la cause de l'aliénation, voilà des actions en reprise auxquelles succédera certainement l'ascendant donateur.

A plus forte raison, en est-il ainsi d'une action pure et simple en revendication contre un indu possesseur, qui ne suppose même aucun acte d'aliénation.

531. — Il faut également considérer comme une action en reprise à laquelle succéderait l'ascendant donateur, l'action qui appartiendrait :

1° Soit à la femme dotée contre son mari, pour la res-

titution de sa dot (art. 1531, 1532, 1564), ou pour la reprise de ses apports stipulée par elle en cas de renonciation à la communauté (art. 1514) ;

2° Soit à l'un ou à l'autre des époux contre la communauté, pour le recouvrement des valeurs, qu'ils se seraient réservées propres (art. 1503, etc.).

Et il n'y a pas à distinguer si la donation qui engendre cette reprise, a été faite à l'enfant donataire par son contrat de mariage, ou depuis le mariage. Dès qu'il en résulte pour le donataire une action en reprise, l'ascendant peut y succéder.

532. — Il n'y a évidemment là qu'une application des plus simples de notre règle, lorsque l'apport fait, soit par la femme dotée à son mari, soit par l'un ou l'autre des époux à la communauté, lorsque, disons-nous, cet apport n'a pas dessaisi l'enfant donataire de la propriété de la chose à lui donnée par son ascendant ; cette chose alors n'ayant pas été aliénée, l'action en reprise qui appartenait à l'époux donataire tend bien directement au recouvrement en nature de la chose elle-même qui a été donnée ; tel est le cas où un immeuble a été donné par un ascendant à sa fille ou à son fils (art. 1405, 1535, 1564, etc. ; comp. Locré, *Législ. civ.*, X, p. 87, Observations de M. Treilhard, dans la séance du conseil d'État du 2 nivôse an IX ; Delvincourt, t. II, p. 18, note 5 ; Chabot, art. 747, n° 23).

533. — Mais d'ailleurs il faut ajouter aussi que l'action en reprise, soit de la fille donataire contre son mari, soit de l'un ou de l'autre des époux contre la communauté, que cette action, disons-nous, devrait être accordée à l'ascendant donateur, même dans le cas où les choses qu'il avait données auraient été, par l'effet de l'apport au mari ou à la communauté, irrévocablement aliénées, de telle sorte que la restitution ne dût plus tard s'en faire que par des valeurs équivalentes.

Mais alors, dira-t-on, voilà donc que l'ascendant va

succéder à des choses autres que celles qu'il a données !

Et le système que nous avons déjà annoncé (*supra*, n° 524), et que nous allons bientôt exposer plus amplement pour le combattre, ce système n'a pas manqué, en effet, de s'emparer de cette objection, et de nous dire qu'il nous saisissait en pleine contradiction avec notre doctrine ; et il soutient qu'il y a ici, de notre propre aveu, une subrogation, en vertu de laquelle l'ascendant succède à des choses qu'il n'a pas données, parce qu'elles représentent les choses qu'il a données.

Nous sommes convaincu, pour notre part, qu'il n'y a pas ici, plus qu'ailleurs dans aucune autre partie de ce sujet, de subrogation réelle ; et la vérité est qu'on ne pourrait pas l'admettre sans renverser, de fond en comble, la règle si simple et si nette, que l'article 747 a posée, et d'après laquelle l'ascendant ne succède qu'à la chose elle-même qu'il a donnée, à cette chose *en nature !*

Toute la question est donc uniquement de savoir quelle chose a été donnée par l'ascendant.

Or, lorsque le père, la mère, ou tout autre ascendant donne à son enfant, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, des valeurs qui, par le résultat même des conventions matrimoniales, doivent être de suite irrévocablement aliénées, de manière que l'enfant donataire n'acquière en réalité, au moment même de cette donation, et par cette donation, qu'une créance, qu'une action en reprise contre son conjoint ou contre la communauté, quelle est la vérité du fait ? c'est que c'est la créance elle-même ou l'action en reprise qui est l'objet donné, puisque, d'une part, comme le dit fort bien Demante, la donation ainsi faite l'est en vue du versement des objets qui la composent, dans les mains du mari ou dans la caisse de la communauté (t. III, n° 58 *bis*, III) ; et que, d'autre part, tel est aussi, nous le répétons, le résultat effectif de la donation, que le donataire devient

alors seulement créancier de son conjoint ou de la communauté (comp. Lebrun, liv. I, chap. v, sect. II, n°s 49, 50 ; et *infra*, n° 544).

534. — Tels nous paraissent être les vrais principes de cette matière.

Et de là résultent deux conséquences fort graves sans doute, mais qui nous paraissent déjà par avance démontrées :

1° L'ascendant ne succéderait pas à l'action en reprise que pourrait avoir l'époux donataire, dans le cas où la donation aurait été faite avant le mariage, et autrement que par le contrat de mariage ; car alors cette donation aurait eu pour objet les valeurs elles-mêmes que l'ascendant donnait, et nullement une créance ou une action quelconque en reprise ; et le donataire, en les apportant lui-même ensuite à son mariage, les aurait irrévocablement aliénées (comp. Delvincourt, t. II, p. 18, note 5).

2° Même dans le cas où la donation aurait été faite à l'enfant, soit par son contrat de mariage, soit pendant le mariage, l'ascendant donateur n'aurait plus de retour successoral à exercer, si l'action en reprise qu'il avait donnée avait été exercée par l'enfant donataire lui-même de son vivant; car alors cette action en reprise, c'est-à-dire la chose donnée, n'existerait plus en nature dans la succession, puisqu'elle aurait été, au contraire, éteinte et anéantie par le payement. Et c'est ainsi que la Cour de cassation a très-justement décidé, suivant nous, que le retour successoral n'appartient point au père, qui a constitué en dot à sa fille une somme d'argent, lorsque celle-ci, par suite d'un jugement en séparation de biens obtenu contre son mari, a exercé son action en reprise, et a reçu un immeuble en payement de sa dot (comp. Cass., 7 fév. 1827, Sorain, D., 1827, I, 134 ; Duranton, t. VI, n° 242 ; Demante, t. III, n° 58 *bis*, *IV*).

535. — L'ascendant ne succède d'ailleurs aux actions en reprise qui se trouveraient dans la succession, que

sous la condition, bien entendu, de satisfaire à toutes les charges et à toutes les prestations auxquelles leur exercice peut donner lieu ; et il ne saurait, à cet égard, exercer aucun recours contre la succession ordinaire, ni prétendre que les sommes qu'il aurait payées pour cette cause, doivent être imputées sur la portion des dettes dont il est tenu au *prorata* de son émolument.

Les actions en reprise lui sont accordées, en effet, telles qu'elles se trouvent, *cum sua causa*, et comme on dit vulgairement, à ses risques et profits ;

Or, les prestations et répétitions quelconques, auxquelles l'exercice peut en être soumis, sont des charges corrélatives et inhérentes à cette espèce de droit ;

Donc, elles doivent peser exclusivement sur l'ascendant qui succède seul et exclusivement au droit lui-même ; et la succession ordinaire, qui demeure étrangère à cette opération, ne doit pas plus en supporter les charges qu'elle n'en recueille les profits.

C'est ainsi, par exemple, que l'ascendant qui trouverait dans la succession une action en réméré, serait seul tenu, s'il voulait l'exercer, de rembourser à l'acquéreur les différentes prestations déterminées par l'article 1673 (comp. Delvincourt, t. II, p. 19, note 5 ; Toullier, t. II, n° 230 ; Duranton, t. VI, n° 244 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 290).

536. — Le retour successoral pourrait-il être exercé, si la chose que l'ascendant avait donnée, après avoir été irrévocablement aliénée par l'enfant donataire, était ensuite rentrée à un titre nouveau, *ex alia causa*, par achat, donation ou succession, etc., dans son patrimoine, et si elle se trouvait ainsi, au moment de son décès, dans sa succession ?

Un parti considérable dans la doctrine enseigne l'affirmative :

1° Aux termes de l'article 747, dit-on, l'ascendant succède aux choses par lui données, lorsqu'elles se retrou-

vent en nature dans la succession ; la loi ne met aucune autre condition à l'exercice de ce retour successoral ;

Or, les choses données se retrouvent ici en nature dans la succession ;

Donc, d'après le texte même de la loi, l'ascendant est appelé à y succéder.

2° On ajoute que cette solution est également conforme à l'esprit de la loi. Si, en effet, le retour successoral n'a pas lieu, lorsque la chose a été aliénée par le donataire, c'est que le législateur a voulu préserver par là les tiers acquéreurs de toute espèce de trouble et d'éviction ; voilà le véritable but de la disposition qui exige que les biens donnés se retrouvent en nature dans la succession ;

Or, dans l'hypothèse proposée, aucun trouble ni aucune éviction ne seront portés aux tiers, puisque le bien, d'abord aliéné, est rentré dans la succession ;

Donc, cette aliénation intermédiaire doit être considérée comme non avenue.

3° Enfin, tout en convenant que notre ancien droit français consacrait à cet égard une solution contraire, on en récuse aujourd'hui l'autorité, par ce motif que l'ascendant ne succédait autrefois aux immeubles donnés que parce que ces immeubles avaient dans la succession du donataire la qualité de propres, qualité qu'ils avaient perdue par l'aliénation que le donataire en avait faite (comp. Delvincourt, t. II, p. 18, note 4; Toullier, t. II, n° 233; Duranton, t. VI, n° 232; Belost-Jolimont sur Chabot, art. 747, observ. 7; Vazeille, art. 747, n° 25; Taulier, t. III, p. 160; Benoît, *de la Dot*, t. II, n° 108).

Mais cette doctrine nous paraît tout à fait inadmissible; et nous croyons qu'il est facile, au contraire, de démontrer que le retour successoral ne saurait, en cas pareil, s'exercer :

1° D'après le texte même de l'article 747, les ascendants ne succèdent qu'aux choses *par eux données*...,

lorsque les *objets donnés* se retrouvent en nature dans la succession;

Or, la chose qui se trouve là maintenant dans la succession, n'est pas la chose qui a été *donnée* par l'ascendant; elle est la chose qui a été *achetée* par le *de cujus*, ou qu'il a recueillie dans une succession;

Donc, l'ascendant n'est pas appelé à y succéder.

Ce premier argument nous paraît déjà décisif; et nous avons peine à comprendre comment on a pu dire que *c'est la question par la question* (Duranton, t. VI, n° 232).

2° Il est manifeste, en effet, que la loi, lorsqu'elle exige que les objets donnés se retrouvent en nature, ne tient pas seulement compte ici de leur identité physique et de leur individualité matérielle; elle veut aussi qu'ils s'y retrouvent au même titre, c'est-à-dire comme choses *données*, comme objets *donnés;* car c'est là une succession fondée précisément sur *l'origine* du bien, et à laquelle l'ascendant n'est appelé qu'en sa qualité de donateur, et parce que c'est lui qui a mis dans la succession la chose donnée qui s'y trouve encore;

Or, lorsque la chose, après avoir été irrévocablement aliénée, est ensuite revenue à titre nouveau dans les mains de l'enfant, la base même du retour successoral est complétement détruite; l'origine primitive du bien a disparu; et c'est en vertu d'une cause nouvelle et différente qu'il se trouve là aujourd'hui; cette chose aujourd'hui provient peut-être à l'enfant, complétement ruiné depuis la donation, de ses travaux, des bénéfices qui ont refait sa fortune; et si cette même chose se retrouve aujourd'hui dans ses biens, d'où elle était d'abord irrévocablement sortie, *ce n'est qu'une rencontre fortuite*, comme disait Lebrun (*loc. infra cit.*);

Donc, il faut conclure avec Merlin : *Mutatione personæ mutatur qualitas et conditio rei* (*Répert.*, v° *Réversion*, sect. II, § 2).

3° Supposez que la chose d'abord donnée par le père à son fils, et ensuite aliénée par celui-ci, lui ait été en dernier lieu donnée par son aïeul, qui en était devenu propriétaire.

Nous demandons lequel des deux, du père ou de l'aïeul, d'après le système que nous combattons, succédera à cette chose?

Le père? il y serait fondé sans doute, d'après ce système, puisque la chose qu'il avait donnée se retrouve en nature dans son individualité physique.

Mais est-ce que l'aïeul, lui aussi, ne peut pas dire que cette chose est celle qu'il a donnée, et que, puisqu'elle se retrouve en nature, il doit y succéder?

Il n'y a pas de solution possible entre ces deux prétentions, dans le système que nous avons exposé.

Rien de plus simple, au contraire, dans notre doctrine; et il est clair que le retour successoral ne peut s'ouvrir dans ce cas qu'au profit de l'aïeul, qui seul est maintenant donateur, et vis-à-vis duquel seulement la chose a le caractère de chose donnée.

4° Notre doctrine est enfin conforme à l'ancien droit, dont on récuse vainement l'autorité (comp. Lebrun, liv. I, chap. v, sect. II, n[os] 58, 59). Si l'ascendant ne pouvait pas succéder à la chose qui, après avoir été aliénée, était ensuite rentrée *ex causa nova* dans le patrimoine de l'enfant, c'est, dit-on, parce que l'aliénation lui avait fait perdre son caractère de *propre*. Eh! sans doute! Mais pourquoi avait-elle donc perdu son caractère de propre? c'est précisément parce qu'elle avait perdu la qualité de chose donnée. Donc, la solution dont il s'agit est indépendante de l'ancienne distinction des biens en propres et en acquêts; donc, elle a toujours été, autrefois comme aujourd'hui, déterminée par le même motif, à savoir que la chose, après avoir été aliénée, avait perdu sa qualité de chose donnée par l'ascendant, et que dès lors, l'ascendant qui ne succède qu'aux choses

par lui données, ne pouvait plus y être appelé (comp. Duvergier sur Toullier, t. II, n° 233, note *a;* Chabot, art. 747, n° 21; Malpel, n° 135; Bravard-Veyrières, *de l'Étude et de l'enseignem. du droit romain*, p. 284, 286; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 233; Massé et Vergé, t. II, p. 291; Marcadé, art. 747, n° 6; Demante, t. III, n° 58 *bis*, II; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 483).

537. — Lebrun (*loc. supra cit.*) exceptait de la solution qui précède deux hypothèses :

1° Celle où la chose donnée, d'abord aliénée par l'enfant donataire, serait rentrée de son vivant dans son patrimoine *ex causa primæva et antiqua*, comme par l'effet d'une faculté de rachat qu'il aurait exercée;

2° Celle où l'enfant donataire n'aurait aliéné la chose qu'en fraude du droit de retour, et dans l'intention de la racheter ou de la retrouver plus tard, comme héritier, dans la succession de la personne au profit de laquelle il l'aliénait.

La première exception est d'évidence; et puisque l'ascendant aurait succédé à l'action en reprise, qui avait pour but de faire rentrer la chose à l'ancien titre, dans le patrimoine du donataire, il est clair qu'il doit succéder à cette chose, lorsqu'elle y est rentrée déjà par l'exercice de cette action (comp. Toullier, t. II, n° 234; Duranton, t. VI, n° 232).

Quant à la seconde exception, que faisait Lebrun, quoique MM. Massé et Vergé l'aient aussi reproduite dans notre droit actuel (t. II, p. 290), nous ne voyons pas bien comment l'enfant donataire pourrait avoir intérêt à recourir à une fraude pour déjouer un retour successoral qu'il dépend de sa libre volonté d'anéantir comme il lui plaît, par toute espèce de disposition.

538. — Nous venons de présenter la doctrine qui nous paraît être la meilleure, ou plutôt la seule vraie en ce qui concerne les choses auxquelles l'ascendant peut succéder.

Cette doctrine est simple et nette :

L'ascendant ne succède qu'à la chose qu'il a donnée, à cette chose elle-même, spécifiquement et taxativement, lorsqu'elle se retrouve en nature dans la succession du donataire.

Telle est la règle unique de la loi.

Si l'ascendant est appelé à recueillir aussi soit le prix encore dû de la chose aliénée, soit les actions en reprise, ce n'est point parce que le prix et l'action seraient subrogés à la chose, et en deviendraient, aux yeux de la loi, l'équivalent et la représentation, pour l'exercice du retour successoral. Le second alinéa de l'article 747 ainsi entendu, serait évidemment la destruction de la règle écrite dans le premier alinéa; et cette règle capitale n'aurait plus aucun sens!

Mais tout au contraire, le second alinéa n'est qu'une conséquence du premier ; et si la loi appelle l'ascendant à recueillir la créance du prix et l'action en reprise, c'est que, à ses yeux, cette créance et cette action ont encore pour objet la chose donnée, cette chose elle-même *in specie*, qu'elles peuvent effectivement ramener encore *en nature* dans les mains de l'ascendant (*supra*, n° 524).

Voilà le texte même de la loi! et nous ajoutons que ce texte est fort raisonnable; car s'il limite d'une façon un peu restreinte peut-être, le droit de l'ascendant, il a le grand avantage de prévenir les recherches, les inquisitions et les difficultés auxquelles tout autre système aurait inévitablement plus ou moins donné lieu; nous allons bien en avoir la preuve!

Telle est, pour notre part, la thèse que nous proposons.

Mais nous avons annoncé déjà (*supra*, n° 517), qu'une autre doctrine a été enseignée sur ce sujet; et le moment est venu de l'exposer et de la combattre.

539. — Eh bien donc! d'après cette doctrine, l'ascendant succéderait non pas seulement à la chose elle-

même en nature par lui donnée, mais encore à toute autre chose nouvelle et différente, sous la double condition : d'une part, que cette chose nouvelle aurait été subrogée à la chose par lui donnée, et qu'elle la représenterait ainsi dans la succession du donataire; et d'autre part, que cette subrogation et cette représentation seraient prouvées de manière à ce qu'il fût établi certainement que la chose qui se trouve actuellement dans la succession, a pour origine la chose par lui donnée.

Telle est, dit-on, la véritable pensée de la loi, qu'elle veut que l'ascendant recueille tout ce dont il a enrichi la succession, par l'effet de sa donation, dès que le profit résultant de cette donation est encore là, dans la succession, distinct et reconnaissable. Voilà pourquoi l'article 747 accorde à l'ascendant le prix encore dû de la chose aliénée; et s'il lui refuse le droit de demander le prix une fois payé, c'est parce qu'il est désormais confondu dans le patrimoine du donataire avec ses autres biens, sans pouvoir en être distingué. On ajoute que l'objection qui a été faite contre cette théorie, à savoir que les subrogations sont de droit étroit, et ne doivent pas être admises en dehors des cas spécialement autorisés par des textes, on ajoute que cette objection est ici sans force, parce que cette règle s'applique uniquement aux *subrogations réelles*, qui ne se font que d'une chose déterminée, comme dans les articles 1407, 1553, 1559, et non pas aux *subrogations personnelles*, par lesquelles une personne est substituée aux droits généraux d'une autre personne, sur un ensemble de biens considérés comme universalité juridique, comme dans l'article 132. Si, dans le premier cas, c'est-à-dire en matière de subrogation réelle, on doit appliquer la maxime *in judiciis singularibus, res non succedit in locum pretii, nec pretium in locum rei*, c'est la maxime tout à fait inverse, qu'il faut au contraire appliquer dans le second cas, c'est-à-dire en matière de subrogation personnelle, et on doit dire

alors : « In judiciis universalibus, res succedit in locum « pretii, et pretium in locum rei » (comp. L. 70, § 3; L. 71 et 72, ff. *de legatis* 2° ; Renusson, *Traité de la Subrogation*, chap. I; Merlin, *Répert.*, v° *Subrogation de choses*, sect. I et II).

Or il s'agit ici d'une subrogation personnelle, puisque, d'une part l'ascendant succède au donataire, dont il devient ainsi le représentant, et que, d'autre part, les biens donnés sont recueillis par lui, non pas à titre singulier, mais à titre universel, non pas comme choses déterminées, mais comme formant une universalité juridique (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 100, 101 et 234 ; Delvincourt, t. II, p. 38 ; Duranton, t. VI, n° 233 ; Chabot, art. 747, n° 22 ; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 54, 55 ; Malpel, n° 135 ; Poujol, art. 747, n° 21).

Nous avons déjà, par avance, réfuté une pareille théorie, qui constitue, suivant nous, la violation la plus flagrante du texte même de l'article 747 ; et lorsque tout à l'heure (*infra*, n°s 540 et suiv.), nous la suivrons dans ses conséquences et dans ses applications, nous verrons à quels écarts elle se trouve entraînée, et tous les embarras, toutes les contradictions qu'elle soulève, et qui ont jeté, parmi ses partisans, tant de dissidences et de confusion, que rien n'est plus obscur, en effet, ni plus incohérent que toute cette doctrine.

Il y a toutefois un argument que nous voulons dès à présent relever, c'est celui qui consiste à dire qu'il s'agit ici d'une subrogation personnelle, par laquelle l'ascendant serait appelé à recueillir, en qualité d'héritier, les biens par lui donnés, comme une universalité juridique.

Que l'ascendant soit appelé en qualité d'héritier à recueillir les choses par lui données, et que la loi considère, à certains égards, ces choses comme une portion de la masse de la succession, à l'effet d'établir la contribution aux dettes entre l'ascendant et les autres héritiers, cela nous paraît très-vrai. Mais on fait, suivant nous, un évi-

dent abus de ce principe; lorsqu'on prétend s'en servir pour dénaturer aussi profondément le droit de l'ascendant en ce qui concerne *les choses* auxquelles la loi l'appelle à succéder. La loi elle-même a très-nettement et très-carrément déterminé ces choses : ce sont celles-là que l'ascendant a données, ces choses-là elles-mêmes, si elles se retrouvent *en nature ;* et lorsqu'en présence d'un texte ainsi conçu, on appelle l'ascendant à des choses tout autres, toutes différentes que les choses par lui données, il nous est impossible de ne pas dire que la loi est voilée, dans son texte même, de la façon la plus manifeste !

540. — Et nous en allons avoir de plus en plus la preuve, en examinant les applications qui ont été faites de la théorie que nous venons d'exposer.

Ces applications peuvent se résumer en trois questions principales que voici :

A. Si la chose donnée a été échangée par l'enfant donataire, l'ascendant succédera-t-il à la chose reçue en contre-échange ?

B. L'ascendant succédera-t-il aux objets acquis par le donataire, avec le prix des objets meubles ou immeubles à lui donnés, et qu'il avait aliénés ?

C. Si l'ascendant a donné de l'argent monnayé, succédera-t-il, soit à l'argent monnayé, qui se trouverait dans la succession, soit, à défaut de numéraire, aux billets de banque ou autres effets publics, inscriptions de rente, bons du trésor ou actions quelconques que le donataire aurait laissés?

Ou, *vice versa*, si l'ascendant a donné des créances, des rentes sur l'État ou sur particuliers, des billets, etc., succédera-t-il : soit au numéraire, qui se trouverait dans la succession ; soit à des créances ou à des actions autres que celles par lui données, et que l'enfant donataire aurait laissées ?

541. A. — Et d'abord, l'ascendant succédera-t-il à

la chose que l'enfant donataire aurait acquise en échange de celle qu'il lui avait donnée ?

On a répondu affirmativement :

1° Les deux conditions sous lesquelles le retour successoral peut s'exercer se rencontrent ici, dit-on, de tous points :

D'une part, l'origine de la chose reçue en contre-échange est incontestable ; il est certain que cette chose provient de la chose donnée par l'ascendant ;

D'autre part, cette chose n'est nullement confondue dans les autres biens ; elle est là, au contraire, distincte et reconnaissable ;

Donc, rien ne s'oppose, dans ce cas, à l'effet de la subrogation.

2° Puisque, en effet, la loi admet l'ascendant à succéder au prix encore dû de la chose donnée qui a été vendue, à combien plus forte raison doit-elle l'admettre à succéder à la chose reçue en contre-échange de celle qu'il avait donnée ; car la représentation est, dans ce dernier cas, bien plus adéquate et plus complète. Et la preuve en est que, dans notre ancien droit français, l'ascendant qui ne succédait pas au prix encore dû, succédait, au contraire, à l'immeuble reçu en échange de l'immeuble par lui donné, puisque cet immeuble, par l'effet de la subrogation, devenait lui-même un propre (Merlin, *Rép.*, v° *Subrogation de choses*, sect. II, § 2, n°s 1 et 2). Or, il n'est pas possible d'admettre que le Code, qui a accordé le retour successoral pour la créance du prix, l'ait refusé pour la chose reçue en contre-échange !

3° Enfin, on ajoute que cette doctrine est conforme à la raison et à l'équité ; que la loi l'a admise dans plusieurs cas où il ne s'agit pourtant que de subrogation purement réelle, *in judiciis singularibus ;* et qu'il faut dès lors d'autant plus l'admettre dans le cas de subrogation personnelle, *in judiciis universalibus,* où une personne est appelée à recueillir les droits généraux d'une autre personne

(comp. *supra*, n° 539; Delvincourt, t. II, p. 18, note 4; Toullier, t. II, n° 245 ; Duranton, t. VI, n° 233 ; Grenier, *des Donations et des testaments*, t. II, n° 598; Vazeille, art. 747, n° 26; Favard de Langlade, *Répert.*, v° *Retour*, sect. III, § 2, n° 11 ; Chabot, art. 747, n° 22 ; Malpel, n° 135 ; Poujol, art. 747, n° 21 ; Taulier, t. III, p 160; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 55 ; *D.*, *Rec. alph.*, v° *Succession*, t. XII, p. 299, n° 21).

Cette doctrine ne doit pas, suivant nous, être suivie :

1° Nous la repousserons d'abord comme contraire au texte formel de l'article 747.

Comment! la loi appelle les ascendants à succéder AUX CHOSES PAR EUX DONNÉES !

Elle ne se borne même pas là; et, précisant, de la façon la plus nette et la plus rigoureuse l'objet, de ce retour successoral, elle ajoute ces mots décisifs :

Lorsque LES OBJETS DONNÉS *se retrouvent* EN NATURE *dans la succession.* »

Certes, il était impossible de déclarer plus énergiquement que l'ascendant n'était appelé qu'à recueillir la chose elle-même qu'il avait donnée, cette chose identiquement, spécifiquement la même, cette chose *en nature*, enfin, c'est le mot de la loi, et on ne saurait en trouver un plus fort!

Et c'est en présence d'un texte ainsi fait, que l'on appelle l'ascendant à succéder à *des choses tout autres que celles qu'il a données!*

J'ai donné une maison située à Paris ; et on m'appellera à recueillir une maison située à Lyon, ou bien un pré, un bois, que sais-je? une charge de notaire ou un fonds de commerce!

En vérité, nous avons peine à comprendre un tel écart!

Mais en admettant même la doctrine (inexacte, ainsi que nous allons le dire) de la subrogation généralisée comme on le fait, n'est-il pas clair que cette doctrine ne saurait trouver ici d'application ; car enfin si complète et

si parfaite que l'on suppose la subrogation d'une chose à une autre, on ne pourra jamais, avec cette subrogation, satisfaire à la condition précise de l'article 747, qui, en exigeant que la chose donnée se retrouve là elle-même *en nature,* est ainsi radicalement exclusif de toute idée de subrogation et même de la *subrogation d'équité*, que M. Malpel invoque ici pour l'ascendant ! (N° 135).

2° On se récrie en disant : l'ascendant succède bien au prix encore dû de la chose aliénée !

Eh ! sans doute ; mais ce n'est pas en vertu d'une subrogation quelconque du prix à la chose, subrogation impossible et qui serait ici en particulier le démenti le plus formel donné par la loi elle-même à la règle qu'elle venait de poser ! Si l'ascendant succède à la créance du prix, c'est que cette créance, avec l'action en résolution qui l'accompagne, a été considérée, de même que les actions en reprise, comme tendant au recouvrement de la chose elle-même *en nature* (*supra*, n° 524).

3° Ajoutons enfin que les subrogations d'une chose à une autre chose n'ont jamais lieu ainsi de plein droit, et que, dans les exemples que l'on en peut citer, la subrogation n'est point l'effet naturel du contrat lui-même ; elle ne dérive alors que de la disposition de la loi, qui l'a admise exceptionnellement et qui l'a même quelquefois soumise à certaines conditions ou formalités (art. 1407, 1559, etc.).

En vain, on objecte qu'il s'agit, dans l'article 747, d'une subrogation personnelle dans une universalité juridique.

Le texte même de cet article proteste formellement encore contre cet abus d'interprétation ; car, si c'est à titre d'héritier qu'il appelle l'ascendant donateur, il ne l'appelle en même temps à recueillir que la chose elle-même *en nature* qu'il a donnée (comp. *supra*, n° 539 ; Belost-Jolimont sur Chabot, art. 747, observ. 11 et 12 ; Marcadé, art. 747, n° 5 ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. II,

p. 290; Demante, t. III, n° 58 *bis*, I; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 483).

542. — Nous avons vu se présenter une espèce qui fournissait, nous en conviendrons, contre la doctrine que nous soutenons ici, une objection assez grave.

Un père et une mère avaient donné entre-vifs à leurs deux enfants plusieurs immeubles qui appartenaient, les uns au père, les autres à la mère; la donation avait été faite aux deux enfants ensemble et collectivement; et ensuite les enfants avaient fait entre eux le partage de ces immeubles indivis.

Il était arrivé que l'un des immeubles donnés par le père était échu en entier à l'un des enfants, et que l'un des immeubles donnés par la mère était aussi échu en entier à l'autre. L'un des enfants vint à mourir sans postérité.

D'après la doctrine qui admet l'ascendant à succéder à l'immeuble reçu en contre-échange de celui qu'il a donné, le retour successoral se serait ouvert, dans ce cas, pour la moitié de l'immeuble, au profit de celui des père et mère qui avait donné cette moitié au *de cujus;* et celui des père et mère qui n'était pas donateur de cet immeuble aurait néanmoins succédé à l'autre moitié qui avait été échangée par le *de cujus* contre la moitié d'un immeuble qu'il lui avait donné.

D'après notre système, au contraire, le retour successoral ne s'ouvrira, dans ce cas, que pour moitié au profit de celui des père et mère qui a donné cet immeuble; et l'autre, qui n'en était point donateur, n'y pourra pas succéder du tout.

Il se peut que ce résultat soit regrettable; mais il nous paraît dériver du principe que notre article 747 a consacré; et rien n'empêche d'ailleurs de faire ces partages d'ascendants de manière à le prévenir et à assurer le retour légal à chacun des donateurs.

543. B. — Les motifs qui précèdent ont, par avance

et du même coup, résolu pour nous la seconde question que nous avons posée plus haut (n° 540), à savoir :

Si l'ascendant peut succéder aux objets acquis par le donataire avec le prix provenant de l'aliénation des objets meubles et immeubles qui lui avaient été donnés, du moins lorsqu'il y a eu, dans l'acte d'acquisition, déclaration de l'origine des deniers et de l'emploi (*infra*, n° 547).

Les partisans du système de la subrogation en matière d'échange répondent encore ici affirmativement; et ils décident, en invoquant par analogie, disent-ils, les articles 132, 1434 et 1435, que le retour successoral s'applique aux choses achetées en remploi du prix de l'aliénation des choses données, lorsque l'origine des deniers étant certaine, la subrogation des choses achetées aux choses données se trouve constatée d'une manière incontestable.

Nous ne pouvons que nous référer aux arguments par lesquels nous avons établi tout à l'heure que l'article 747 appelle l'ascendant taxativement et limitativement à succéder à la chose elle-même par lui donnée.

On a invoqué l'article 132 !

Mais quelle différence entre cet article et le nôtre !

« Si l'absent reparaît, ou si son existence est prouvée « même après l'envoi définitif, il recouvrera ses biens « dans l'état où ils se trouveront, le prix de ceux qui « auront été aliénés, ou les biens provenant de l'emploi « qui aurait été fait du prix de ses biens vendus. » (art. 132.)

Très-différent est l'article 747 !

Le prix des biens vendus, il ne l'accorde à l'ascendant donateur que *s'il est encore dû*.

Et quant aux biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ces biens vendus, il ne l'accorde pas du tout, ou plutôt il le refuse catégoriquement, puisqu'il ne l'appelle qu'à recueillir *les choses par lui données* lorsqu'elles se retrouveut *en nature* dans la succession.

Peu importe, après cela, que les articles 1434 et 1435 autorisent, sous certaines conditions, le remploi du prix des immeubles propres de l'un ou de l'autre des époux, aliénés pendant la durée de la communauté.

Nous pourrions faire observer que d'après l'article 1553, l'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas dotal, et que la loi n'admet pas ici d'emploi ni de remploi, à moins que la condition n'en ait été stipulée dans le contrat de mariage. Mais tout ceci est étranger à notre matière; la règle, à cet égard, est pour nous dans l'article 747; et cette règle est, encore une fois, très-nette et très-claire.

Ajoutons que cette règle était déjà dans notre ancien droit fort nettement enseignée. Ainsi, après avoir dit que les ascendants succèdent aux objets par eux donnés, lorsqu'ils se retrouvent en nature, Davot ajoutait :

« Ils ne sont pas présumés avoir voulu faire une *créance*, ni exiger le remploi d'une pure libéralité...; ce serait contrevenir à la règle *qu'il faut prendre les successions dans l'état où elles se trouvent;* car c'est ici une vraie succession. » (T. II, liv. III, traité V, chap. v, § 2, n° 5.)

544. C. — Enfin, notre troisième question (*supra*, n° 540) consiste à savoir si et dans quels cas, le retour successoral est possible, lorsque l'ascendant a donné soit de l'argent monnayé ou des denrées, telles que du blé, du vin, etc.; soit des créances ou des inscriptions de rentes, ou des actions de la Banque ou d'autres entreprises.

Et d'abord, nous croyons que le retour successoral aura lieu, si la chose donnée, quelle qu'elle soit, créance, titre de rente, ou même argent monnayé ou denrée, si, disons-nous, cette chose elle-même se retrouve en nature dans la succession (art. 747) :

Si, par exemple, la créance ou le titre de rente, ou l'action quelconque qui a été donnée, n'a été ni payée, ni cédée ;

Si même l'argent donné se retrouve (ce qui sera extrêmement rare, sans doute) avec un bordereau constatant qu'il est identiquement le même que celui que le donataire a reçu (arg. de l'article 1932). Peut-être même pourrait-on dire qu'il en serait ainsi dans le cas, où d'autres espèces auraient été seulement, par l'effet d'un simple échange de monnaies, substituées aux espèces données, comme si le donateur avait pris de l'or pour l'argent que l'ascendant lui a donné.

A fortiori, en serait-il ainsi dans le cas que suppose Lebrun, où la somme promise par l'ascendant n'aurait pas encore été payée par lui (liv. I, chap. v, sect. II, n° 78).

M. Duranton adopte également cette solution dans le cas où, « une somme ayant été donnée, cette somme aurait été placée à l'instant même, et où elle serait encore due par l'emprunteur au moment de l'ouverture de la succession (t. VI, n° 239; comp. aussi Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. II, p. 290).

Mais on ne devrait adopter, suivant nous, cet avis qu'autant que la somme aurait été donnée par l'ascendant lui-même avec cette destination, c'est-à-dire sous la condition qu'elle serait l'objet d'un prêt déterminé, de telle sorte que l'objet donné fût alors non point la somme d'argent elle-même, mais bien la créance qui serait résultée du versement de cette somme dans les mains de l'emprunteur (comp. *supra*, n° 533; Delvincourt, t. II, p. 18, note 5).

545. — Mais supposons qu'une somme en argent monnayé ou des denrées quelconques, du blé, du vin, etc., ayant été données par l'ascendant, il se trouve ensuite dans la succession, du numéraire pour une somme égale, ou plus forte, ou moindre, ou des denrées de même qualité, sans qu'il y ait preuve de l'identité de ce capital ou de ces denrées avec le capital ou les denrées que l'ascendant a donnés.

Le retour successoral pourra-t-il s'exercer, du moins jusqu'à due concurrence, sur le numéraire ou sur les denrées qui se trouvent dans la succession ?

L'affirmative a des partisans nombreux; et voici en quels termes on l'a défendue :

« L'argent est une de ces choses qui consistent en poids, nombre ou mesure, et que la loi appelle *fongibles*, c'est-à-dire dont la nature est telle, que d'une part, on ne peut s'en servir sans les consommer, au moins civilement, et que, d'autre part, elles peuvent être entièrement et parfaitement représentées par des espèces *du même genre*, savoir, par des espèces du même poids, du même nombre et de la même mesure. *Aliæ aliarum vice funguntur;* à leur égard, *tantumdem est idem;* et par conséquent, leur existence, *en nature*, ne réside pas dans l'identité des pièces matérielles, mais dans l'équipollent d'autres espèces pareilles du même genre. En d'autres termes, pour les choses fongibles, *le genre tient lieu de l'espèce;* et par conséquent, elles existent *en nature,* tant que leur genre tout entier existe; car c'est le genre tout entier qui les représente, et qui les représente *en nature* » (Chabot, art. 757, n° 22).

Et de cette doctrine, on conclut que l'ascendant qui a donné de l'argent ou des denrées, succède à l'argent ou aux denrées de même qualité qui se retrouvent dans la succession, sans être tenu de prouver que cet argent ou ces denrées sont bien l'argent ou les denrées par lui donnés, puisque ces sortes de choses sont toujours réputées, dit-on, se retrouver *en nature*, dès qu'on en retrouve de semblables (ajout. Rouen, 11 janv. 1816, Lemarchand, Sirey, 1816, II, 49; Cass., 30 juin 1817, mêmes parties, Sirey 1817, I, 313; Merlin, *Rép.*, v° *Réserve,* sect. II, § 2, n° 3; Malleville, art. 747; Delvincourt, t. II, p. 39; Grenier, *des Donat. et des test.*, t. II, n° 598; Toullier, t. II, n° 245; Malpel, n° 135; Taulier, t. III, p. 161; D., *Rec. alph.*, v° *Success.*, t. XII, p. 298,

n° 24; Vazeille, art. 747, n° 26; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Retour*, sect. III, § 2, n° 11).

Nous n'admettons pas cette solution; et nous croyons pouvoir démontrer qu'elle est contraire aux principes généraux du droit; contraire au texte même de l'article 747 et à plusieurs autres articles de notre Code; et enfin qu'elle produit des conséquences exorbitantes et véritablement impossibles :

1° Et d'abord, la doctrine qui précède considère les choses dites de consommation, comme étant, par leur nature même, toujours et nécessairement *fongibles*.

Or, c'est là évidemment une déviation des vrais principes.

Nous avons déjà remarqué ailleurs que cette distinction des choses en *fongibles* et *non fongibles* ne résulte pas de leurs propriétés naturelles et constitutives, mais qu'elle dérive, avant tout, du rapport sous lequel elles ont été considérées, soit par la loi, soit par les parties (*voy.* notre t. XI, n°s 42-49).

Les choses, quelles qu'elles soient, qu'elles se consomment ou qu'elles ne se consomment point par l'usage qu'on en fait, toutes les choses, disons-nous, peuvent être considérées sous deux rapports différents :

Soit comme espèce, *ut corpora*, dans leur individualité spécifique;

Soit comme faisant partie d'un genre, *ut quantitatem*, d'après leur nombre, leur poids ou leur mesure, *numero, pondere vel mensura*.

Dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque la chose a été considérée par la loi ou par les parties, dans son individualité spécifique, comme corps certain et déterminé, elle n'est susceptible d'être remplacée par aucune autre chose, si exacte et si parfaite que pût être d'ailleurs cette représentation (comp. art. 1932).

Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque la chose a éte considérée seulement dans le genre auquel elle appar-

tient, et comme quantité, elle peut être remplacée par une chose du même genre qui pourra ainsi fonctionner à sa place : *quarum una alterius vice fungitur* (comp. art. 1902).

Cette distinction est générale; elle s'applique aux choses qui se consomment par le premier usage qu'on en fait comme aux autres choses; il est vrai que les choses dites de consommation, par cela même qu'elles peuvent être en général exactement remplacées les unes par les autres, sont très-souvent aussi considérées comme choses *fongibles*, dans les relations du droit privé; ainsi dans le prêt, par exemple, où l'emprunteur, devenu propriétaire pour les dépenser, des espèces ou des quantités empruntées, ne peut les rendre que par équivalent, en espèces et en quantités de même nature et valeur.

Mais il n'en demeure pas moins certain que les choses mêmes de consommation ne sont pas, comme le dit Chabot, fongibles par leur nature propre, et qu'elles ne reçoivent elles-mêmes ce caractère que de la volonté de la loi ou des parties; d'où il suit que ces choses elles-mêmes doivent être considérées, *ut corpora*, dans leur individualité spécifique, lorsque tel est le rapport sous lequel la loi ou les parties ont voulu effectivement les considérer.

2° Cela posé, il ne s'agit plus que de savoir sous quel rapport le législateur, dans l'article 747, a considéré les choses quelles qu'elles soient, les choses dites de consommation comme les autres choses qui ont été données par un ascendant à son descendant;

Or, il est manifeste qu'il les a considérées dans leur espèce, *ut corpora*, comme corps certains et déterminés;

Donc, il faut, pour que le retour successoral ait lieu, que les choses données, lors même qu'elles étaient des choses de consommation, de l'argent monnayé, du blé, du vin, etc., il faut qu'elles se retrouvent spécifiquement, *ut corpora*, dans leur propre individualité.

Nous disons que cette intention du législateur, dans l'article 747, est manifeste, puisqu'il exige que les objets donnés se retrouvent *en nature* dans la succession.

Mais on se récrie et l'on prétend que précisément *les objets donnés se retrouvent en nature,* lorsqu'il se retrouve dans la succession d'autres objets *en nature* de même espèce et qualité. « Lorsqu'un homme, dit-on, a emprunté mille francs, et qu'il rend mille francs, il rend *en nature,* quoique les espèces de monnaie qu'il donne ne soient pas identiquement les mêmes que celles qu'il a reçues » (Chabot, art. 747, nº 22.)

Eh! certainement non, il ne rend pas *en nature* l'espèce même, l'individu même, s'il l'a reçu comme individu, comme espèce, *ut corpus;* il ne rend au contraire que par équivalent; il rend enfin une *autre* chose en remplacement de la chose qu'il a reçue; or rien n'est plus radicalement opposé que ces deux modes de restitution; et l'un est précisément l'exclusion la plus adéquate de l'autre.

Comme on le voit, c'est toujours la même confusion de principes, la même théorie, très-inexacte, d'après laquelle une chose de consommation serait toujours réputée exister *en nature*, comme espèce, comme corps certain, tant que le genre entier à laquelle elle appartient, n'aurait pas péri.

3° Mais cette théorie, nous le répétons, est profondément inexacte.

La preuve en est dans un grand nombre de textes romains qui attestent que la théorie proposée n'est applicable qu'aux débiteurs de quantités, tels que les emprunteurs, et nullement aux débiteurs d'une chose quelle qu'elle soit, même d'une chose de consommation, lorsqu'elle a été considérée comme corps certain (L. XI, § 2; L. XIX, § 2, ff., *de rebus credit.;* Inst., § 2, *quib. alienare licet,* et Vinnius, sur ce paragraphe).

La preuve en est aussi dans l'article 1238 de notre

Code, qui évidemment suppose qu'une somme en argent ou autre chose qui se consomme par l'usage, peut avoir été consommée comme corps certain et déterminé, de manière que celui qui l'a consommée de bonne foi ne soit tenu à aucune restitution, lors même qu'il aurait dans son patrimoine une autre somme d'argent égale ou une autre chose du même genre.

Enfin l'article 747 nous en fournit, dans notre sujet lui-même, une preuve encore, s'il se pouvait, plus irrécusable.

En effet, aux termes de cet article, l'ascendant ne succède au prix de la chose aliénée, qu'autant que le prix est encore dû; et en conséquence, le prix une fois payé, est considéré comme confondu dans ses autres biens et dès lors consommé;

Or, d'après la théorie que nous combattons, et qui prétend précisément que l'ascendant succède au prix parce que ce prix est subrogé à la chose vendue, d'après cette théorie, le payement du prix n'aurait pas dû éteindre le droit de l'ascendant; car ce prix, cette somme aurait toujours été réputé se retrouver en nature, dès qu'il y aurait eu, dans la succession, une somme d'argent. *Cela est clair comme le jour!* s'écrie M. Duranton (t. VI, n° 238); et nous pensons comme notre savant collègue:

Donc, les partisans de l'opinion que nous combattons se trouvent en contradiction directe avec le texte même de notre article; et ils arrivent fatalement à cette manifeste inconséquence, que tandis que l'ascendant qui a donné un immeuble ne peut pas réclamer le prix de cet immeuble, *lorsque ce prix a été payé*, l'ascendant qui a donné *et payé* une somme d'argent, peut toujours, à toute époque, réclamer une somme égale. « Comment comprendrait-on, dit fort justement l'honorable M. Duvergier, que le donateur de corps certain, d'immeubles, par exemple, qui seul autrefois était appelé à exercer le retour successoral, se trouvât aujourd'hui moins favorisé

qu'un donateur de sommes ou de créances? » (Sur Toullier, t. II, n° 245, note *a*.)

4° On objecte que, dans notre doctrine, le retour successoral n'aura presque jamais lieu lorsque la donation consistera dans une somme d'argent ou dans des denrées, ou même dans des créances qui auront été remboursées ou transportées.

Nous en convenons; mais il nous paraît certain que cette conséquence dérive du système de la loi, qui, par l'article 747, ne fait nullement de l'ascendant donateur un *créancier de quantités*, comme serait un prêteur, mais qui ne l'appelle qu'à succéder aux choses elles-mêmes qu'il a données, à ces choses *en nature*, spécifiquement, taxativement. Or, cela étant, il est clair que ces sortes d'objets devront échapper, en effet, presque toujours au retour successoral : « *Comme si ce n'était pas écrire sur du sable*, disait Lebrun, *que de vouloir faire des caractères particuliers de l'argent comptant*. » (L. I, chap. v, sect. II, n° 46.)

Et puisque nous citons Lebrun, nous croyons qu'il sera aussi intéressant de citer encore un autre endroit de son livre. L'excellent auteur, examinant les différentes opinions, qui déjà autrefois voulaient que le retour successoral s'appliquât même aux meubles donnés, s'exprime ainsi :

« Il y a une troisième opinion au Palais, de ceux qui croient que *quand les meubles sont encore* EN NATURE, comme si le père ou l'aïeul a donné en mariage ou autrement des obligations qui n'ont point été exigées lors du décès du donateur ou de son fils, ou lorsqu'il a promis de l'argent *et qu'il ne lui a payé actuellement*, la réversion de ces meubles a lieu; mais que *si ces meubles ne sont plus en nature*, comme si les obligations avaient été exigées, ou *l'argent payé*, il n'y a plus lieu à la réversion. » (*Loc. supra cit.*, n° 48; ajout. Davot, t. II, liv. III, traité v, chap. v, p. 2, n° 5.)

Ainsi, d'après Lebrun, l'argent donné n'existait plus *en nature*, lorsqu'il avait été *payé;* et cela, dans tous les cas, lors même qu'il existait d'ailleurs de l'argent dans la succession du donataire;

Or, notre Code a évidemment adopté cette troisième opinion, dont parle Lebrun, puisqu'il veut aussi que les objets donnés (meubles ou immeubles, de consommation ou de non-consommation) se retrouvent *en nature;*

Donc, l'argent donné ne se retrouve pas *en nature, dès qu'il a été payé;* et l'article 747 lui-même, en effet, comme nous venons de le dire, applique en termes formels cette doctrine au prix de la chose aliénée.

5° Nous ajoutons enfin que lorsqu'on reproche à notre doctrine de n'admettre *jamais* le retour successoral pour l'argent donné ou pour les autres choses semblables, nous sommes bien plus fondé à retourner le reproche contre la théorie qui admet, au contraire, *toujours* le retour successoral en pareil cas.

Toujours et quand même! à toute époque! se fût-il écoulé dix ans, vingt ans, et plus encore, depuis la donation, et sans que l'ascendant donateur soit tenu de prouver que les sommes d'argent ou les denrées qui se trouvent dans la succession proviennent des sommes ou des denrées par lui données. Et il fallait bien, en effet, dans ce système, le dispenser de cette preuve! car il est évident qu'une pareille preuve serait absolument impossible après un temps plus ou moins long, après douze ou quinze mutations et revirements peut-être, et à travers toutes les vicissitudes et toutes les transformations qui auraient pu s'accomplir dans les divers éléments de la fortune du donataire. Mais aussi, il est manifeste que le droit de l'ascendant se trouve ainsi démesurément étendu et profondément dénaturé. Qui vous dit, en effet, que cet argent ou les denrées qui sont là n'ont pas une autre origine que l'argent ou les denrées par vous donnés? qu'ils ne viennent pas des épargnes, des bénéfices faits par le donataire, des

remboursements de rentes et de capitaux qui lui ont été faits? Telle sera presque toujours, après un certain temps, la vérité, surtout si, dans l'intervalle, le donataire a éprouvé des pertes, et si sa fortune, d'abord altérée, s'est refaite depuis. Et il demeure ainsi démontré que l'on appelle l'ascendant donateur à succéder à des choses qu'il n'a pas données et dont rien absolument ne prouve qu'elles ont pour origine les choses qu'il a données.

546. — Ce n'est pas tout! et une fois sur cette pente, la théorie que nous combattons se trouve inévitablement entraînée, de proche en proche, aux conséquences les plus extrêmes!

C'est ainsi qu'après avoir admis que l'ascendant qui a donné du numéraire, succédera toujours, jusqu'à due concurrence, au numéraire qui se trouvera dans la succession, on en vient à admettre qu'il succédera même aussi aux valeurs en billets ou en effets de commerce; car des billets, dit-on, des effets publics ou autres ne sont pas autre chose que la représentation du numéraire que les souscripteurs ont reçu et se sont obligés de rendre! (Comp. Rouen, 11 janv. 1816, Lemarchand, Sirey, 1816, II, 49; Cass., 30 juin 1817, mêmes parties, Sirey, 1817, I, 313; Chabot, art. 747, n° 22; Malpel, n° 135.)

Et de même, si l'ascendant a donné des créances, des effets de commerce, des inscriptions de rentes, on l'admet à succéder soit au numéraire, soit à d'autres créances qui se trouveraient dans la succession!

Et puis, soit qu'il ait donné de l'argent, soit qu'il ait donné des créances ou des rentes, on l'admet à succéder aux choses meubles et immeubles que le donateur aurait acquises!

Et enfin on aboutit à cette formule, qui devient le dernier terme et la limite la plus extrême où cette théorie puisse être poussée, à savoir : que le retour successoral doit toujours avoir lieu, quelle que soit la chose qui ait été donnée par l'ascendant, meuble ou immeuble, excepté

seulement dans le cas où cette chose aurait péri dans la main du donataire *ou aurait été dissipée par lui sans emploi utile!* (Malleville, art. 747.)

Nous savons bien que plusieurs des partisans de la théorie que nous combattons se sont récriés eux-mêmes contre cette compromettante formule! mais la vérité est qu'elle se trouve renfermée dans leur programme.

547. — Tout au moins faudrait-il, pour que ce système de subrogation pût être admis, que l'ascendant qui aurait donné du numéraire ou des créances, et qui prétendrait succéder au numéraire ou à d'autres créances, ou enfin à des biens quelconques, meubles ou immeubles, qui se trouveraient dans la succession, tout au moins, disons-nous, faudrait-il que cet ascendant prouvât l'origine des valeurs existant, à l'époque du décès, dans la succession, et établît qu'elles proviennent de sa donation.

Cette condition devrait être au moins exigée dans le système que nous avons combattu; et le plus grand nombre de ses partisans, en effet, l'exigent (comp. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 232; Duranton, t. VI, n° 234; Poujol, art. 747, n° 20; Taulier, t. III, p. 361).

Mais ce correctif, qui rendrait sans doute cette théorie moins exorbitante, ne saurait pourtant, à nos yeux, en effacer le défaut radical, que nous lui avons reproché dès le début. Ce défaut, il est dans la base même de toute cette théorie! dans cette idée de subrogation d'une chose nouvelle et différente à la chose même, que l'ascendant avait donnée. Or, nous croyons avoir démontré que l'article 747 n'admet, en aucun cas, aucune subrogation de cette espèce (comp. Cass., 7 févr. 1827, Sorain, D., 1827, I, 134; et *supra*, n° 524).

548. — Nous terminerons cette démonstration par une dernière remarque.

Tous les jurisconsultes qui ont pris parti pour le système de subrogation, que nous venons de combattre

(*supra*, nos 539 et suiv.) accusent, à l'envi, l'article 747 d'insuffisance et d'obscurité; et ils reprochent, avec amertume, au législateur, les embarras et les perplexités auxquels il les a, disent-ils, livrés sur cette question de savoir à quelles choses le retour successoral s'applique.

Ces reproches ne sont, à nos yeux, nullement fondés; et cette injustice des interprètes devient, contre leur interprétation elle-même, un puissant argument de plus!

Oui! certes, le législateur se serait fort singulièrement exprimé dans l'article 747, s'il avait voulu admettre cette théorie de subrogation; car sa formule en est, autant qu'il se pouvait, radicalement exclusive!

A qui donc est ici la faute?

A la loi? ou aux interprètes?

Nous sommes, pour notre part, très-convaincu que la loi est irréprochable; nous croyons en avoir fourni la preuve.

Et pour conclure comme nous avons commencé, nous dirons, avec le texte très-net, suivant nous, et très-clair de l'article 747 :

L'ascendant succède aux choses par lui données, à ces choses elles-mêmes spécifiquement, lorsqu'elles se retrouvent *en nature* dans la succession.

Telle est la règle.

Par application de cette règle, l'article 747 admet l'ascendant à recueillir le prix encore dû de la chose aliénée, et les actions en reprise qui tendent à reconquérir en nature la chose elle-même qui a été donnée.

En dehors de ces conditions très-simples, le retour successoral n'a pas lieu.

§ IV.

Quels sont les effets du retour successoral.

SOMMAIRE.

549. — Transition.

550. — C'est à titre successif que l'ascendant est appelé à recueillir les choses par lui données.

549. — En appréciant (*supra*, nos 480 et suiv.) le caractère du droit, que l'article 747 accorde à l'ascendant donateur, nous avons déjà, par avance, déterminé la plus grande partie de ses effets.

Nous pourrons donc être bref sur cette dernière partie de notre matière.

550. — L'ascendant donateur est appelé comme héritier ab intestat; et à la différence du retour conventionnel, qui s'exerce à titre singulier, le retour successoral (le mot l'emporte) s'exerce à titre successif, et en conséquence aussi à titre universel (comp. Duvergier sur Toullier, t. II, n° 235, note *a*).

Telle est la règle qui nous paraît exacte, à la condition, bien entendu, que l'on ne s'en servira pas de manière à étendre le droit de l'ascendant à des choses autres que celles que la loi elle-même l'appelle déterminément et taxativement à recueillir (*supra*, n° 541).

551. — La conséquence en est que l'ascendant est tenu de contribuer aux dettes, en raison de la valeur de

l'objet par lui recueilli, comparée à la valeur des autres biens de la succession (art. 724). L'article 351, dans une hypothèse toute semblable à la nôtre, impose formellement cette obligation à l'adoptant; et c'est *a fortiori* que nous devons l'imposer aussi à l'ascendant donateur, auquel la loi n'a pas accordé le retour successoral avec la même étendue qu'à l'adoptant (comp. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 485).

Si donc la chose à laquelle l'ascendant succède est estimée le tiers, par exemple, de tout l'actif de la succession, il sera tenu du tiers des dettes et des charges.

552. — On peut toutefois mettre en question si l'ascendant est tenu des dettes héréditaires seulement *pro modo emolumenti*, ou même *ultra vires?*

On a enseigné que l'ascendant n'est pas tenu des dettes *ultra vires*, et qu'il n'est pas nécessaire, pour cela, qu'il accepte sous bénéfice d'inventaire. On prétend qu'il ne peut être, en aucun cas, tenu que *pro modo emolumenti*, parce que, dit-on, il ne succède que *in re singulari*, et que ce n'est ni une part virile qu'il prend à ce titre, ni une portion héréditaire ou aliquote quelconque (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 550; et Duranton, qui après avoir soutenu l'autre opinion, s'est ensuite rallié à cette dernière doctrine, t. VI, n° 209).

Mais cet argument, s'il était vrai, porterait plus loin que la conclusion que l'on en tire; et en considérant ainsi l'ascendant comme successeur *in re singulari*, on n'irait à rien moins qu'à l'affranchir de toute contribution aux dettes !

Il en est tenu pourtant; et notre honorable collègue lui-même le reconnaît;

Or, d'une part, s'il en est tenu, c'est comme *héritier*, et avec toutes les conséquences dès lors que cette qualité comporte; d'autre part, celui qui est tenu, c'est-à-dire qui est obligé personnellement, doit remplir son obligation sur tous ses biens (articles 2092, 2093);

Donc, l'ascendant, obligé personnellement, comme héritier, au payement de sa part proportionnelle des dettes, est obligé, en effet, *ultra vires*, et sur tous ses biens, s'il n'a pas rempli les conditions et formalités de l'acceptation bénéficiaire (art. 724, 873, 802).

Tel était au reste, déjà, dans l'ancien droit, le sentiment de Lebrun (liv. I, chap. v, sect. II, n° 67; comp. Cass., 13 août 1851, Toussaint de Gérard, Dev., 1851, I, 657, *supra*, n[os] 481 *bis* et 482; Toullier, t. II, n° 236; Demante, t. III, n° 56 *bis*; D., *Rec. alph.* (nouv. édit.), v° *Success.*, t. XLI, p. 210, n° 216).

553. — Puisque l'ascendant est tenu personnellement des dettes, la conséquence en est qu'il peut être poursuivi directement par les créanciers héreditaires.

Mais quant à la question de savoir comment pourra, dans ces circonstances, s'exercer le droit de poursuite des créanciers, s'ils devront attendre qu'une estimation des biens ait déterminé la part proportionnelle de l'ascendant dans la contribution aux dettes, ou s'ils seraient fondés à réclamer leur payement, sans retard, contre chacun des héritiers dans la proportion de sa part héréditaire, nous la renvoyons à la thèse générale du *payement des dettes*, où elle sera beaucoup plus convenablement traitée (art. 873 et suiv.).

554. — Nous avons déjà remarqué (*supra*, n° 519), que si, par l'effet d'une hypothèque dont l'immeuble donné aurait été grevé par le donataire, l'ascendant était obligé de payer au delà de sa part, il aurait son recours contre les autres héritiers ou successeurs universels, d'après le droit commun (art. 875, 876).

MM. Massé et Vergé enseignent toutefois une doctrine contraire :

« Nous croyons, disent ces honorables auteurs, que le donateur qui reprend un immeuble grevé d'hypothèque, n'a, dans aucun cas, droit à une indemnité, bien qu'il puisse arriver que, par suite de cette hypothèque, il ait

payé plus que sa part dans les dettes de la succession ; il peut toujours limiter son obligation en délaissant l'immeuble, sans qu'il ait le droit de se plaindre, puisque le donataire, qui pouvait aliéner complétement l'immeuble, a pu, par la même raison, le grever d'hypothèques qui en absorbaient complétement la valeur. » (T. II, p. 291.)

Mais le légataire particulier d'un immeuble grevé d'hypothèque, a son recours contre les héritiers (comp. art. 871, 874, 1020, 1251).

Or, on pourrait dire, certes, du légataire, avec autant de raison au moins que de l'ascendant donateur, que le *de cujus*, le testateur, pouvait aliéner l'immeuble à son préjudice (art. 1038).

Et néanmoins, le légataire particulier a un recours contre les héritiers, lorsqu'il a payé la dette à laquelle l'immeuble était hypothéqué.

C'est que, en effet, l'hypothèque n'est point une aliénation ni totale, ni partielle, et que, dès lors, l'ascendant n'en a pas moins succédé à la chose tout entière qu'il avait donnée, malgré l'hypothèque qui la grevait. L'hypothèque n'est qu'une sûreté spéciale donnée au créancier, mais qui n'empêche pas que la dette elle-même conserve toujours son caractère de dette personnelle et ne soit toujours, en conséquence, à la charge de l'universalité du patrimoine.

A fortiori, cette décision est-elle incontestable, lorsqu'il s'agit d'une hypothèque légale ou judiciaire (comp. Locré, *Législ. civ.*, t. VI, p. 589; Delvincourt, t. II, p. 35; Chabot, art. 747, n° 5; Duranton, t. III, n° 322, et t. VI, n° 214; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 551; D., *Rec. alph.* (nouv. édit.), v° *Success.*, t. XLI, p. 216, n° 242).

555. — Ce n'est pas, d'ailleurs, seulement aux dettes que l'ascendant donateur est tenu de contribuer; il est aussi, par la même raison, obligé de contribuer, pour sa part proportionnelle, à l'acquittement des legs.

Nous ne parlons pas ici des legs qui porteraient déterminément sur l'objet par lui donné et dont il est clair qu'il supporterait seul alors les conséquences (*supra*, n° 521).

Quand nous disons qu'il doit proportionnellement contribuer au payement des legs, nous entendons parler des legs de sommes ou de quantités qui pèsent sur l'universalité de la succession (art. 873, 1009, 1013; comp. Demante, t. III, n° 56 *bis*).

556. — La question s'est élevée de savoir si et dans quels cas l'ascendant donateur pouvait requérir l'apposition des scellés et l'inventaire dans la succession du donataire.

L'ascendant *succède*, il est un *héritier;* dès lors, cette question ne nous paraît avoir rien de spécial en ce qui le concerne; et il doit avoir, en ceci, les mêmes droits, ni plus ni moins, que tout autre héritier (comp. art. 909, 941, procéd.; Bordeaux, 4 janv. 1851, Renard, Dev., 1852, II, 412).

557. — Que l'ascendant n'ait aucune indemnité à réclamer contre la succession ordinaire, à raison des dégradations que le donataire aurait pu commettre sur les biens donnés, cela est d'évidence.

Le donataire a démoli les bâtiments, abattu les bois de haute futaie, détruit les vignes, etc.

Le donataire a usé de son droit, tout aussi bien que s'il avait aliéné, de quelque manière que ce fût, même à titre gratuit (art. 544).

L'ascendant qui lui succède et qui est tenu de respecter ses actes et ses faits, ne peut recueillir la chose que si elle se retrouve dans la succession, et, par conséquent, telle seulement qu'elle s'y retrouve.

Et il n'y a pas, bien entendu, à distinguer si le donataire a tiré profit des dégradations par lui commises sur les biens donnés, et si les héritiers de la succession ordinaire s'en trouvent enrichis; car le donataire avait

le droit d'enrichir, s'il le voulait, de ces biens ses autres héritiers; lors même donc qu'il aurait agi dans cette intention, l'ascendant n'aurait encore rien à dire (comp. Devincourt, t. II, p. 35; Toullier, t. II, n° 232; Duranton, t. III, n° 322, et t. VI, n° 214; Chabot, art. 747, n° 25).

558. — Mais nous supposons l'hypothèse inverse :

L'enfant donataire a amélioré la chose donnée, et il lui a procuré, par ses travaux et par ses impenses, une grande plus-value.

C'était, par exemple, un terrain nu, *area ;* et il y a construit un bâtiment ou bien il l'a planté.

On demande si les héritiers de la succession ordinaire auront, en pareil cas, une action en indemnité contre l'ascendant donateur jusqu'à concurrence de cette plus-value?

Il faut même généraliser plus encore cette thèse et la poser ainsi :

L'ascendant est-il tenu de payer des récompenses ou indemnités à la succession ordinaire, à raison des impenses soit nécessaires, soit utiles, soit voluptuaires ou d'agrément, que le donataire aurait faites sur la chose donnée?

L'affirmative est enseignée, dans la doctrine, par le plus grand nombre des jurisconsultes modernes :

On dit d'abord, dans l'intérêt de cette opinion, que, d'après le texte de l'article 747, l'ascendant ne succède qu'aux choses par lui données; qu'il peut, il est vrai, avoir *moins,* puisqu'il pourrait n'avoir rien du tout, mais qu'il ne peut pas avoir *plus,* puisque la loi ne lui rend que ce qu'il a donné.

On ajoute que les principes généraux du droit lui imposent aussi cette obligation d'indemnité envers la succession ordinaire.

Nul, en effet, ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui; et le législateur, qui ne s'écarte jamais de cette grande règle d'équité (art. 548, 555, 1381), en a fait particulièrement l'application dans des matières qui ont avec celle-ci la plus étroite analogie (art. 862, 863);

Or, l'ascendant s'enrichirait aux dépens des héritiers de la succession ordinaire, des frères et sœurs, par exemple, ou des neveux et nièces du défunt, s'il recueillait, sans aucune obligation d'indemnité, la chose par lui donnée, lorsque la valeur de cette chose a été augmentée par les dépenses et par l'industrie du donataire;

Donc, cette dette d'indemnité résulte tout à la fois pour lui du texte même de l'article 747, de toutes les analogies du droit, et des règles de l'équité.

En conséquence, cette opinion conclut que l'ascendant donateur est tenu d'indemniser la succession ordinaire :

1° Des frais de labour et de semence, lorsqu'au décès du donataire, l'ascendant trouve sur l'immeuble par lui donné, des fruits existants et non coupés (art. 548);

2° Des impenses utiles jusqu'à concurrence de la plus-value existante au jour de l'ouverture de la succession (art. 861), que le donataire aurait faites, telles que constructions, plantations (art. 517, 518), ou encore à raison des objets qu'il aurait placés sur le fonds à perpétuelle demeure (art. 524, 525);

3° Des impenses nécessaires que le donataire aurait faites pour la conservation de la chose, telles que grosses réparations, lors même qu'elles ne l'auraient point améliorée (art. 362);

4° Quant aux dépenses voluptuaires ou de simple agrément, on décide que l'ascendant n'est, à la vérité, pas tenu de payer une indemnité, mais que les autres héritiers ont le droit de retirer ce qui peut s'enlever, *sine rei detrimento*, et à la charge de rétablir les choses telles qu'elles étaient au moment de la donation (art. 599; comp. Duranton, t. VI, n° 246; Chabot, art. 747, n° 25; Vazeille, art. 747, n° 21; Marcadé, art. 747, n° 7; Taulier, t. III, p. 159; D., *Rec. alph.*, t. XII, v° *Success.*, p. 300, n° 27, Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 547, 548; Massé et Vergé, t. II, p. 289).

539. — Nous croyons, au contraire, que l'ascendant n'est tenu d'aucune de ces indemnités que l'on prétend ici, mal à propos, suivant nous, mettre à sa charge.

Et nous établirons notre démonstration, soit d'après les traditions de l'ancienne jurisprudence ; soit d'après le texte même de notre Code ; soit d'après les principes généraux du droit; soit, enfin, d'après la raison et l'équité :

1° C'était, dans notre ancien droit, une maxime constante que l'héritier des propres ne devait aucune récompense à l'héritier des acquêts et des meubles, ni pour les frais de labour et de semence, à raison des fruits existants et non récoltés à l'époque du décès, ni pour les bâtiments construits sur le propre, ni pour aucune autre amélioration quelconque faite par le *de cujus* (comp. Lebrun, *des Success.*, livre II, chap. v, sect. I, distinct. 2, n° 32 ; Pothier, *Introduct. générale aux Cout.*, n° 81, *Introduct. au tit. XVII de la Cout d'Orléans*, n° 116, et *des Success.*, chap. v, art. 2, § 1 ; Duparc-Poullain, *Princ. du droit*, t. IV, n° 45; *ancien Denizart*, v° *Propres*, n°s 111-113);

Or, la situation de l'ascendant appelé à la succession des choses par lui données, à côté et en dehors de la succession aux autres biens, cette situation est, en tout point, semblable à celle de l'héritier aux propres, dans nos anciennes provinces, vis-à-vis de l'héritier aux meubles et aux acquêts ; et cela est si vrai, qu'effectivement la réversion légale n'était autrefois, comme nous l'avons vu (*supra*, n° 156), qu'un mode d'application de la succession aux propres ;

Donc, à consulter d'abord les traditions de la jurisprudence ancienne, on devrait décider que l'ascendant n'est tenu d'aucune obligation d'indemnité.

On a répondu que : « la règle invoquée que, dans les successions coutumières, il n'était pas dû de récompense d'estoc à estoc, *n'a évidemment rien à faire ici.* » (Marcadé, art. 747, n° 7.)

Nous espérons, tout au contraire, prouver que cette règle a été conservée dans l'article 747, et qu'elle est éminemment conforme aux véritables principes du droit civil.

2° Nous disons d'abord que l'article 747 a maintenu l'ancienne règle.

En effet, aux termes de cet article, les ascendants succèdent *aux choses par eux données;* et la seule condition que la loi y mette, c'est que ces choses se retrouvent en nature dans la succession; mais dès là que les choses elles-mêmes s'y retrouvent en nature, elles ne peuvent appartenir qu'à l'ascendant donateur;

Or, dans notre hypothèse, la chose donnée se retrouve en nature dans la succession;

Donc, elle est dévolue à l'ascendant donateur.

Nous tenons à bien constater cette proposition, à savoir : que la chose, même améliorée et augmentée, appartient à l'ascendant et ne peut appartenir qu'à lui, aux termes de l'article 747.

Il n'y a pas, en effet, ici deux choses, celle qui a été donnée et celle que le donataire y aurait ajoutée. Il n'y a toujours qu'une seule chose, la chose donnée; et par suite de la maxime : *accessorium solo cedit*, les accroissements ou augmentations quelconques qui ont pu s'y ajouter, s'y sont assimilés et confondus, de telle sorte qu'ils n'ont pas une existence distincte de celle de la chose donnée.

Il faut bien que l'on convienne que les alluvions ou autres accessoires naturels qui peuvent augmenter la chose donnée, appartiennent à l'ascendant qui recueille cette chose (art. 556, 557, 559, 561, 562, 563, 564);

Or, la règle est absolument la même en ce qui concerne les accessions artificielles (art. 546); *omne quod inædificatur solo cedit...; fructus pendentes sunt pars fundi* (art. 547, 555; comp. Pothier, *Introduction générale aux Cout.*, n° 81; et notre t. IX, n°s 573, 574);

Donc, l'ascendant, par cela même que la loi l'appelle

à succéder *aux choses par lui données*, est appelé nécessairement à succéder à ces choses, telles qu'elles se trouvent, avec les accroissements, soit naturels, soit artificiels, qui en sont devenus, par droit d'accession, une partie intégrante (art. 518, 524, 525).

Cette conclusion est incontestable; et, en effet, on ne la conteste pas. On reconnaît (il le faut bien!) que l'ascendant, par cela même qu'il succède à la chose donnée, succède à tous les éléments qui la constituent dans son état actuel, lors même qu'ils y auraient été ajoutés artificiellement, soit par l'effet d'une union réelle, soit même seulement par l'effet d'une union de destination à perpétuelle demeure.

Ce que l'on veut seulement, c'est que l'ascendant devienne débiteur d'une indemnité envers les autres héritiers; c'est, en un mot, une obligation personnelle de récompense que l'on prétend lui imposer.

Mais nous avons déjà remarqué que le texte de l'article 747, qui constitue son droit héréditaire et sa vocation, ne lui impose aucune obligation de ce genre.

Nous allons démontrer maintenant que les vrais principes du droit civil s'opposent effectivement à ce que l'on mette à sa charge de pareilles indemnités.

3° Où serait, en effet, la cause de cette obligation d'indemnité?

La cause en est, dit-on, dans la règle d'équité que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui.

Très-bien!

Mais cette règle n'est évidemment susceptible d'application que lorsqu'on se trouve en présence de deux personnes différentes, dont l'une s'enrichirait injustement aux dépens de l'autre; et alors, l'obligation des récompenses ou indemnités résulte à la charge de l'une et au profit de l'autre, suivant les cas, d'un contrat de mandat tacite et présumé, ou du quasi-contrat de gestion d'affaires.

On conçoit l'application de cette règle :

Soit entre un possesseur évincé et un propriétaire ;

Soit entre deux propriétaires, dont l'un remplace l'autre par l'effet d'une cause quelconque, résolution, rescision ou nullité de contrat.

Il existe alors deux personnes différentes dont l'une devient débitrice et l'autre créancière ; et il est évident, encore une fois, que telle est la condition *sine qua non* de toute créance, et de toute dette; comme dans le cas, par exemple, d'un héritier qui rapporte à la succession l'immeuble, que le défunt lui avait donné (art. 865);

Or, dans notre hypothèse, il n'y a, relativement à la chose donnée et aux dépenses qui ont pu y être faites, qu'une seule et même personne, à savoir : l'ascendant donateur ;

Donc, il est impossible qu'une obligation quelconque d'indemnité puisse alors prendre naissance.

Nous disons qu'il n'y a ici qu'une seule et même personne.

Et, en effet, que l'on dise vis-à-vis de quelle autre personne l'ascendant donateur pourrait se trouver obligé à une indemnité ?

Serait-ce vis-à-vis du *de cujus*, l'enfant donataire?

Mais c'est bien impossible ! car, l'ascendant n'est pas, eu égard à la chose donnée, une personne distincte de la personne du donataire défunt; il lui succède, il est son représentant ! c'est le défunt lui-même se continuant dans la personne de l'ascendant ! Et la chose donnée n'a subi, en effet, aux yeux de la loi, aucun déplacement ni dans la propriété, ni dans la possession, puisque l'héritier n'est que le continuateur de la propriété et de la possession de son auteur.

Et voilà bien ce qu'enseignait Pothier d'une manière excellente, afin d'établir que l'héritier aux propres ne devait aucune récompense à l'héritier aux meubles et acquêts pour les frais de labour et de semence, ou pour les façons des vignes. « En vain opposerait-on, dit-il, ces axiomes de droit : *impensæ sunt onera fructuum*, *fructus*

non intelliguntur nisi deductis impensis; ils n'ont d'application que pour obliger la personne qui recueille les fruits, à rembourser les impenses à celle qui les a faites, *lorsque ce sont différentes personnes; mais ils ne peuvent avoir d'application dans notre espèce, dans laquelle le défunt qui a fait les impenses, et son héritier qui recueille les fruits, sont censés la même personne.* » (*Introduct. au titre XVII de la Cout. d'Orléans*, n° 116, et *des Success.*, chap. v, art. 2, § 1).

Donc, l'ascendant donateur ne peut pas être obligé à cette indemnité vis-à-vis du donataire, le *de cujus.*

Y peut-il être obligé vis-à-vis des héritiers de la succession ordinaire?

Pas davantage!

Car, relativement à la chose par lui donnée, l'ascendant n'a jamais été en rapport avec eux.

Les héritiers aux autres biens n'ont été, à aucune époque, ni possesseurs ni propriétaires de la chose donnée par l'ascendant.

Les droits de l'ascendant sur la chose par lui donnée, et les droits des héritiers ordinaires sur les autres biens, sont nés en même temps, les uns à côté des autres, sans que les uns et les autres aient jamais eu, entre eux, la moindre connexité; et il est impossible de comprendre comment, ni pour quelle cause, ni à quel moment, une dette d'indemnité aurait pu naître, relativement à la chose donnée, entre l'ascendant, qui seul en a été saisi dès le jour du décès du donataire, et les autres héritiers, qui n'ont jamais eu, sur cette chose, aucune espèce de droit, ni de propriété, ni de possession!

M. Duranton invoque les articles 843, 861, 863, qui veulent, dit-il, qu'*un héritier rapporte à tous ses cohéritiers tout* ce qu'il a reçu du défunt directement ou indirectement (t. VI, n° 246).

Mais précisément, l'ascendant qui succède à la chose par lui donnée n'est pas le *cohéritier* de ceux qui succè-

dent aux autres biens; et nous avons démontré plus haut qu'il n'existe entre eux aucune obligation de rapport (*supra*, n° 486).

Donc, nous avons eu raison de dire que, d'après les principes du droit, la dette d'indemnité que l'on veut imposer à l'ascendant, envers la succession ordinaire, était véritablement impossible.

4° Nous ajouterons, enfin, que cette doctrine ne nous paraît, d'ailleurs, avoir rien d'excessif et qu'elle se recommande même encore par plusieurs considérations très-importantes.

D'abord, elle établit une équitable réciprocité de chances, sous ce rapport, entre l'ascendant donateur et les héritiers de la succession ordinaire; et puisque l'ascendant supporte les détériorations que le donataire aurait commises sur la chose, il paraît assez juste qu'il profite aussi des améliorations que le donataire y aurait faites. Nous savons bien que cette règle de réciprocité n'est pas absolue; et l'on a pu citer des cas où elle n'est pas appliquée, tel que celui de l'article 132; mais il faut aussi que l'on convienne que ces cas sont exceptionnels. En général, c'est la règle de réciprocité que la loi applique; et elle en fait précisément l'application dans l'hypothèse du rapport d'un immeuble par l'héritier donataire à la succession du donateur (art. 861, 862, 863), c'est-à-dire dans l'hypothèse même à laquelle on voudrait assimiler celle qui nous occupe.

En second lieu, notre doctrine a l'avantage de prévenir les difficultés et les contestations que ferait presque toujours naître la liquidation plus ou moins compliquée de ces indemnités.

Enfin, il faut remarquer que c'est la loi, après tout, qui règle ici le sort des biens laissés par le défunt; or, la loi, certes, avait bien le pouvoir d'attribuer sans aucune obligation de récompense, à l'ascendant la chose par lui donnée, avec les améliorations que le donataire y aurait

faites ; elle en avait, disons-nous, le pouvoir vis-à-vis des autres héritiers ab intestat qui ne tiennent eux-mêmes que d'elle leur vocation héréditaire. Et la loi pouvait d'autant plus le décider ainsi, que, en admettant même que le donataire ait voulu, par les améliorations qu'il a faites sur la chose donnée, conférer un avantage à son ascendant, il en avait certainement le droit, et qu'il était même juste et équitable de respecter, en cela, sa volonté (arg. de l'article 1019).

En conséquence, nous concluons que l'ascendant n'est tenu à aucune indemnité :

Ni pour les frais de labour et de semence ;

Ni pour les impenses nécessaires ;

Ni pour les impenses utiles ;

Et que les autres héritiers n'ont pas le droit d'enlever les objets que le *de cujus* avait placés sur l'immeuble donné, et qui, d'après la loi, en sont devenus des accessoires à perpétuelle demeure, comme immeubles par destination (comp. Toullier, t. II, n° 232 ; Demante, t. III, n° 57 *bis*, III).

560. — Faudrait-il appliquer cette doctrine même au cas où l'ascendant aurait donné un enclos, dont le donataire aurait ensuite augmenté l'enceinte ?

L'ascendant succéderait-il à l'enclos ainsi agrandi ? et en cas d'affirmative, y succéderait-il sans aucune obligation de récompense ?

On pourrait le soutenir ainsi avec une assez grande force : soit par un argument d'analogie déduit de l'article 1019, que nous citions tout à l'heure ; soit parce que cette solution semblerait, en effet, fort raisonnable ; car la loi appelle l'ascendant à succéder à la chose par lui donnée, telle qu'elle se trouve au moment de l'ouverture de la succession ; or, à ce moment, le parc ou l'enclos quelconque qu'il a donné, se trouve là formant toujours un seul et même bien, quoiqu'il ait été agrandi.

Nous devons reconnaître toutefois que cette extension

de notre doctrine serait ici d'autant plus contestable, qu'elle n'était pas admise dans notre ancien droit en matière de propres, c'est-à-dire dans une matière qui nous a fourni précisément sur cette question notre premier et principal argument.

Pothier s'en exprimait formellement en ces termes :

« Lorsque j'acquiers un morceau de terre contigu à celles d'une métairie qui est propre, quoique je l'unisse à ma métairie, en le donnant à ferme par un même bail avec ma métairie, et comme une terre qui en dépend, *ou en l'enfermant dans l'enceinte de mon parc, dont j'ai pour cet effet reculé les murs,* il ne laissera pas d'être acquêt. » (*Introduct. générale aux Coutumes,* n° 82.)

561. — La doctrine que nous venons de défendre, et d'après laquelle l'ascendant n'est tenu à aucune obligation d'indemnité vis-à-vis de la succession ordinaire, à raison des améliorations faites par le donataire sur la chose donnée, cette doctrine nous paraît devoir être certainement suivie, lorsque les héritiers de la succession ordinaire n'ont droit à aucune réserve, comme si le donataire n'a laissé que des frères et sœurs, ou des neveux et nièces (art. 916).

Mais ne devrait-elle pas, au contraire, fléchir dans le cas où le *de cujus* aurait laissé des héritiers à réserve; comme si, par exemple, la donation ayant été faite par l'aïeul au petit-fils, celui-ci venait à mourir sans postérité, laissant son aïeul et ses père et mère? (art. 915).

Tel est le sentiment de Demante, qui pense que « comme il y a évidemment dans la plus-value résultant des améliorations, un avantage indirect en faveur de l'ascendant donateur, cet avantage ne pourrait pas être maintenu au préjudice d'héritiers à réserve. » (T. III, n° 57 *bis*, III.)

Il paraît pourtant que, dans l'ancien droit, on n'exceptait pas même cette hypothèse :

« Si le bâtiment est fait sur un propre, disait Lebrun, l'héritier des propres n'en doit point de récompense à

celui des acquêts, *non pas même en coutume, qui défend d'avantager son héritier présomptif, à moins qu'elle ne parle expressément de ce cas.* » (Liv. II, chap. v, sect. I, *Distinct.* 2, nº 32.)

Toutefois, le président Espiard, son annotateur, ajoutait que, dans les coutumes où les donations entre mari et femme étaient prohibées, on devait avoir égard aux constructions faites par le mari sur les fonds sujets au douaire de la femme. « Autrement, disait-il, ce serait un moyen évident de contrevenir à la coutume, et d'avantager une femme pendant le mariage, contre la prohibition de la loi. » (*Loc. supra cit.*, nº 35.)

Ce motif nous paraît, en effet, très-grave ; et nous croyons également que si l'enfant donataire laissait des héritiers à réserve, il pourrait y avoir lieu de considérer comme des avantages indirects, sujets par conséquent, suivant les cas, à réduction, les améliorations que le donataire aurait faites sur la chose donnée.

Mais il est facile de reconnaître que cette solution particulière ne compromet, en aucune façon, la doctrine générale que nous avons soutenue ; car, il n'est plus ici question d'une dette d'indemnité, ni d'une obligation de rapport par l'ascendant envers la succession ordinaire ; il s'agit d'une action en réduction, c'est-à-dire d'un tout autre ordre de principes.

FIN DU TREIZIÈME VOLUME.

TABLE DES MATIÈRES

DU TREIZIÈME VOLUME.

LIVRE TROISIÈME.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

D.

I.

II.

III.

E.

TITRE PREMIER.

DES SUCCESSIONS.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'OUVERTURE DES SUCCESSIONS ET DE LA SAISINE DES HÉRITIERS.

SECTION I.

SECTION II.

§ I.

§ II.

CHAPITRE II.

QUALITÉS REQUISES POUR SUCCÉDER.

SECTION I.

§ I.

§ II.

SECTION II.

SECTION III.

N° 1.

N° 2.

CHAPITRE III.

DES DIVERS ORDRES DE SUCCESSION (RÉGULIÈRE.)

SECTION I.

§ I.

§ II.

§ III.

SECTION II.

§ I.

§ II.

§ III.

SECTION III.

SECTIONS IV ET V.

ARTICLE PREMIER.

ARTICLE II.

ARTICLE III.

ARTICLE IV.

§ I.

§ II.

§ III.

§ IV.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

TABLE NUMÉRIQUE

DES ARTICLES DU CODE NAPOLÉON

AVEC L'INDICATION, POUR CHAQUE ARTICLE, DES PAGES DU VOLUME ET DES NUMÉROS DE L'OUVRAGE OÙ IL EST EXPLIQUÉ.

(Tome XIII, art. 711-755.)

LIVRE TROISIÈME.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

TITRE PREMIER.

Des Successions.

FIN DE LA TABLE NUMÉRIQUE.



8932 — Imprimerie générale de Ch. Lahure, rue de Fleurus, 9, à Paris.




a39003 008353475b



DATE DUE
CAT. NO. 1137

